جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة-

كلية الحقوق

# المقاولة الفرعية

مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق

فرع: العقود و المسؤولية


قدمت من الطالبة: برجم صليحة

المشرف: الدكتورة موالك بختة


**أعضاء اللجنة**

الدكتور: بن ناجي شريف...............................رئيـسا

الدكتورة : موالك بختة .....................................مقـررا

الأستاذة : حدوم ليلى.......................................عضـوا

السنة الدراسية

2008-2009

# مقدمة

أكد العديد من رجال الاقتصاد على ضرورة اعتماد المقاولة الفرعية كإستراتجية اقتصادية في كل القطاعات الاقتصادية خاصة القطاع الصناعي وقطاع المشاريع الإنشائية، نظرا للدور الذي تلعبه باعتبارها المحرك لعلاقات التعاون بين مختلف المؤسسات الاقتصادية.

لهذا أصبح اللجوء إليها أسلوب يعتمده الكثير من المقاولين لتنفيذ العمليات الضخمة والمعقدة و حتى البسيطة منها لما توفره لهم من مزايا.

فكان للاستخدام المكثف للمقاولة الفرعية تأثير واضح و مباشر في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية سواء إيجابا أو سلبا، فمثلا ساعد هذا الأسلوب على إنشاء مشاريع سكنية في مدة وجيزة بفضل تعاون و تضافر جهود كل العاملين في قطاع البناء. لكن بظهور مشكل تهدم البناءات الحديثة أثناء الزلزال الذي ضرب الجزائر العاصمة سنة 2003، رفض المقاولون تحمل تبعته لوحدهم موجهين أصابع اتهام بصفة أساسية للمقاولين الفرعين المنفذين لهذه الأشغال على اعتبار أنهم متسببون الحقيقيون في هذه الكارثة.

و رغم الأهمية التي يكتسيها موضوع المقاولة الفرعية وما تنشئه من علاقات قانونية متشابكة، لم تحض بالدراسة التحليلية لمعناها ومجالها وأحكامها ، فقليلة جدا هي الدراسات المتناولة لها، الأمر الذي دفعني لاختيار هذا الموضوع.

إن أول ما يستوقف عند بداية البحث في هذا الموضوع تعدد المصطلحات المستعملة في النصوص التشريعية، فالبعض يستخدم مصطلح "**المقاولة الفرعية**" والبعض يستعمل مصطلح "**المقاولة من الباطن**"، في حين يعتمد قسم ثالث لفظ "**التعامل الثانوي**" وقسم رابع لفظ "**المناولة**" بينما يفضل آخرون لفظ "**التعاقد من الباطن**".

لكن بعد البحث في حقيقة هذه التعابير ومعناها، تبين أنه لا يقصد من هذا التعدد في الألفاظ تعدد في المعنى، إنما للمقاولة الفرعية مفهومين اثنين، مفهوم شائع في المجال الاقتصادي وآخر ضيق يخص معناها من الناحية القانونية.

ففي المجال الاقتصادي يستعمل عادة لفظ "**المناولة**" أو "**المقاولة من الباطن**" فيقال "**مقاول يعمل بطريق المناولة**" أو أنه "**يقاول من الباطن**" عندما يكون زبائنه ليسوا هم المستهلكين النهائيين، لكنهم مؤسسة أو عدة مؤسسات يلجأ إليها لإنجاز بعض الأعمال، أو لصناعة جزء أو عدة أجزاء تدخل في تركيب المنتوج النهائي.

بهذا المعنى نكون بصدد عملية مقاولة من الباطن في كل مرة يلجأ فيها متعامل اقتصادي إلى متعامل آخر مستقل عنه، ليتولى بدلا منه تنفيذ عمل معين، أو صنع جزء من الأجزاء المستعملة في صناعة المنتوج النهائي[1].

وقد اتخذت المنظمة العربية للتنمية الصناعة و التعدين بهذا المعنى، فعرفت المقاولة الفرعية في المجال الصناعي بأنها " **جميع العلاقات التعاونية التكاملية التي تنشأ بين مؤسستين أو أكثر خلال مراحل العملية الإنتاجية، بموجبها تقوم منشأة مقدمة الأعمال بتكليف منشأة أخرى أو أكثر تسمى منفذة الأعمال أو المناولة متخصصة لانجاز مرحلة أو أكثر من عمليات الإنتاج، طبقا لعقد محدد مسبقا وملزم للطرفين"[2].**

فوفقا للمفهوم الاقتصادي للمقاولة الفرعية يتضح ما يلي:

**أولا:** المقاولة الفرعية هي إنابة الغير في تنفيذ الأعمال، مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك، تتم بواسطة عقد بين مؤسستين المؤسسة الآمرة بالأعمال والمؤسسة المناولة، والذي بموجبه تعهد الأولى بجزء من نشاطها الإنتاجي للثانية، نظرا لما تتمتع به هذه الأخيرة من مهارات فنية وتقنية وإمكانيات تجعلها قادرة على توفير سلع ذات جودة وبشروط اقتصادية ميسرة[3].

**ثانيا:** تتميز المقاولة الفرعية وفقا لهذا المفهوم بوجود علاقة مباشرة بين المقاول الرئيسي والمقاول الفرعي، تتجسد في عقد واحد بين الطرفين، ولا وجود لعلاقة بين المقاول الفرعي والشخص المستفيد من العمل المنجز أو المنتوج النهائي، إذ يبقى المستهلك مجهولا بالنسبة للمقاول الفرعي[4].

**ثالثا:** أن العقد المبرم بين المؤسسة المقَاولة الرئيسية ومقاوليها الفرعيين قد يكون **سابقا** للعقد النهائي المبرم بين المؤسسة المقاولة الرئيسية والمستهلك، كما هو الحال في صناعة السيارات حيث تقوم الشركة المصنعة أولا بإبرام عقود مع عدد من شركات كتلك المخصصة في صناعة هياكل السيارات، أو في صناعة المحركات، ثم تقوم بتجميع هذه العناصر وتركيبها لتشكل في النهاية سيارة جاهزة للاستعمال وتبيعها للمستهلك[5].

وقد يكون أحيانا عقد المقاولة الفرعية **لاحقا** للعقد القائم بين المؤسسة المقاولة الرئيسية والمستفيد من العمل المنجز، كأن يتفق شخص مع مقاول على بناء منزل له ثم يتبعه اتفاق بين هذا الأخير ومقاول أو عدة مقاولين آخرين لتنفيذ بعض الأعمال كتوصيل الكهرباء أو تركيب الأبواب والنوافذ...الخ

---

[1] - Alain Benabent, Le droit de construction, Dalloz, Edition 2000, p: 1465.

[2] - أنظر: الدليل العربي في المناولة الصناعية ، الصادر عن المنظمة العربية لتنمية الصناعة والتعدين.

[3] - Georges Valentin. Les contrats de sous-traitance, mantpellier, édition 1979. P : 02

[4]- Alain Benabent, Louage d'ouvrage et d'industrie, sous-traitance, Juris-classeur; civil Article 178, Fasc. 20,1990.

[5]- Jean Néret; Le sous-contrat, L.G.D.J, Paris 1979, N°22, P : 24

كما يتضح أن المقاولة الفرعية وفقا للنظرة الاقتصادية ليست مرادفة دائما لعبارة التعاقد من الباطن إلا في بعض الحالات، مثل ما هي عليه في الصناعات الضخمة والمعقدة، حيث لا يستطيع المقاولون الفرعيين المباشرون تنفيذ الأعمال لوحدهم، فيقومون بإسناد بعضها إلى مقاولين عن طريق التعاقد معهم من الباطن.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الاقتصادي للمقاولة الفرعية في العديد من النصوص القانونية المتعلقة بالقطاع الصناعي، كالقانون التوجيهي 01-18 الصادر في 12 جانفي 2001 والمتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهذا ضمن الفصل الثالث من الباب الثاني المخصص لتدابير مساعدة ودعم ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث ركّز على ضرورة الاهتمام بالمؤسسات المناولة، باعتبارها أحسن وسيلة لتكثيف النسيج الصناعي[1].

أما من الناحية القانونية فينحصر مفهوم المقاولة الفرعية في فكرة التعاقد من الباطن، لتعتبر المقاولة الفرعية صورة تطبيقية للعقد من الباطن.

فيعرفها الفقه عموما بأنها "**عقد يعهد بمقتضاه شخص يسمى المقاول الأصلي إلى آخر يدعى مقاولا فرعيا، بكل أو جزء من محل عقد المقاولة الذي أبرمه الأول مع رب العمل ما لم يمنع من ذلك**"[2].

و يزيد جانب آخر من الفقه على ذلك "**بضرورة بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن عمل المقاول الفرعي اتجاه رب العمل**" باعتبار هذا الشرط من الأحكام الرئيسية للمقاولة الفرعية[3].

و يجمع غالبية الفقه على أن وصف المقاولة الفرعية لا يثبت إلا ضمن مجموعة عقدية تضم عقدين اثنين و ثلاثة أطراف مرتبطين مثنى مثنى، العقد الأول قائم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني قائم بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي.

لهذا السبب إذا تعاقد المقاول الفرعي الأول مع مقاول آخر من الباطن، أصبح عقد المقاولة الفرعية الأول عقدا أصليا، فيستخدم لفظ "**رب العمل الحقيقي**" للدلالة على **رب العمل الأول**، و لفظ "**المقاول الأول**" للدلالة على **كل مقاول أول متعاقد مباشرة مع رب العمل الأول**، أما لفظ "**المقاول الأصلي**" فيراد به **كل مقاول آخر تعاقد من الباطن**، ويطلق عليه أيضا مصطلح "**رب عمل عرضي**".

---

[1]- قانون 01- 18 مؤرخ في 12ديسمبر2001 متضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، الجريدة الرسمية العدد 77 مؤرخة في 15 ديسمبر2001 .

[2] - المستشار أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الإسكندرية ، منشأة المعارف، 2003 ص: 105 .

[3] - الدكتور مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة ، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1988، ص: 83.

وقد أخذ المشرع الجزائري على غرار عديد من التشريعات العربية بالمفهوم القانوني للمقاولة الفرعية، أي باعتبارها تعاقد من الباطن في القانون المدني[1] و قانون الصفقات العمومية[2].

فخصص لها في الأول القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بالمقاولة وهذا ضمن الباب التاسع الخاص بالعقود الواردة على العمل، مفردا لها مادتين فقط(**564 و565**)، حيث تعتبر الأولى الأساس القانوني لجواز إبرام عقد المقاولة من الباطن من جهة، و من جهة ثانية حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية عن الغير بعدما قررت بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل.

في حين أقررت المادة **565** حماية قانونية للمقاولين الفرعيين، منحها لهم حق إقامة دعوى مباشرة ضد مدين مدينهم لاستفاء مقابل الأعمال التي أنجزوها لصالحه، كما أعطت لهم حق الامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي لدى رب العمل في حالة توقيع الحجز.

أما عن المرسوم رقم **91-434** المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم فقد أورد المقاولة الفرعية ضمن القسم السادس من الباب الرابع منه تحت تسمية **التعامل الثانوي**، مخصصا لها المواد من **94** إلى**97**، على اعتبار أنها تعاقد من الباطن تتم بين المتعامل الأصلي والمتعامل الثانوي اللذان يعملان معا على تنفيذ الصفقة لفائدة المصلحة المتعاقدة.

فبموجب **المادة 94** أجاز المشرع صراحة للمتعاقد مع الهيئة العمومية اللجوء إلى المقاولة من الباطن لتنفيذ جزء من موضوع الصفقة فقط، عكس ما هو عليه الحال في القانون المدني الذي أجاز امتداد المقاولة الفرعية إلى جميع الأعمال المتعاقد بشأنها في عقد المقاولة الأصلية.

أما المادة **95** فأبقت المتعاقد الأصلي المسؤول الوحيد اتجاه المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بها جراء التنفيذ المعيب للأعمال من قبل المتعاقد الثانوي، وهو نفس المبدأ المقرر في المادة **564** من القانون المدني.

وأوضح المشرع في المادة **96** الشروط الواجب مراعاتها قبل اللجوء إلى المقاولة من الباطن من وجوب تحديد الأعمال المزمع إسنادها إلى المتعامل الثانوي بصفة صريحة في الصفقة، وضرورة الحصول على الموافقة المسبقة للمصلحة بالمتعامل الثانوي خلافا القانون المدني الذي لم يشترط موافقة رب العمل على المقاولة من الباطن إلا في حالات خاصة.

---

[1] - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني, الجريدة الرسمية عـدد 78 بتـاريخ 30 سـبتمبر 1975, معدل و متمم بموجب قانون 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة الرسمية عدد 44، الصادرة فـي 23 يوليـو 2005.

[2] - المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 متضمن تنظيم الصفقات العمومية, جريدة رسمية صادرة في 13 نوفمبر 1991 العدد 57، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المؤرخ في 24 يوليو 2002.

والملاحظ أن المرسوم الرئاسي الصادر في يوليو2002 جاء بفكرة جديدة وهامة لم تكن موجودة في المرسوم السابق له، وردت بالفقرة الأخيرة من المادة 96 وهي إمكانية استيفاء المتعامل الثانوي لمستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة متى كانت الخدمات التي نفذها منصوص عليها في الصفقة.

في حين أقر المشرع في المادة 97 حق الامتياز للمتعامل الثانوي المعتمد من قبل المصلحة المتعاقدة في حالة الرهن الحيازي.

والحقيقة أن الغاية من سرد الأحكام الأساسية للمقاولة الفرعية في القانون المدني وقانون الصفقات العمومية، ما هي إلا محاولة لتبيان بعض نقاط التشابه والاختلاف بين أحكام المقاولة الفرعية في مجال المعاملات الخاصة وتلك في مجال المعاملات العمومية، خصوصا وأن هدف المشرع منها هو حماية المقاولين الفرعيين من الشّروط التعسفية التي قد تُفرض عليهم عند التعاقد، و كذا المخاطر الاقتصادية التي قد تواجه المقاولين كالإفلاس أو التسوية القضائية، و الذي يظهر من خلال تدخله لتنظيم العلاقات الثلاثية بين كل من رب العمل والمقاول الأصلي والمقاول الفرعي، و تركيزه أكثر على الآثار المالية لعقد المقاولة الفرعية، وتوليه تحديد طرق استيفاء المقاول الفرعي لمقابل الأعمال التي أنجزها وإعطاءه بعض الامتيازات التي تسهل حصوله على حقوقه، تاركا باقي المسائل المتعلقة بكيفية انعقاد عقد المقاولة الفرعية والالتزامات المتولدة عنه و انقضاءه للأحكام المنظمة لعقد المقاولة والقواعد العامة.

يضاف إلى ذلك أن هذه الأحكام لا تطبق إلا على المقاولات الفرعية بصفتها تعاقد من الباطن، لأنه- وفي هذه الحالة فقط- يكون رب العمل معروفا مسبقا ويمكن وضع رابط بينه وبين المقاول الفرعي.

أما المقاولة الفرعية بمفهومها الاقتصادي فلا يمكن معرفة الشخص المستفيد من العمل المقاول عليه، وبالتالي من غير الممكن إخضاعها لهذه الأحكام واستفادة مبرمها من الحماية المقررة للمقاولين الفرعيين حسب المفهوم القانوني.

و إن كانت أحكام المقاولة الفرعية قد وردت متفرقة في القانون الجزائري، فإن المشرع الفرنسي قد جمع أحكام المقاولات الفرعية الواقعة في المعاملات الخاصة والمعاملات العمومية في تقنين واحد، هو القانون رقم 75-1334 الصادر في 31 ديسمبر 1975.

لكن قبل صدور هذا القانون كانت هذه الأحكام هي الأخرى متفرقة بين نصوص قانونية كمرسوم **26 pluviôse an II**، الذي أعطى لكل من المورد والمقاول الفرعي في مجال المعاملات العمومية حق الامتياز على الأموال الباقية في ذمة رب العمل والمقيدة في سجل خاص، ليأتي بعده مرسوم 11 ماي 1953 و ينص لأول مرة على إمكانية استيفاءهما لحقوقهما مباشرة من الهيئة الإدارية

أو ما يعرف بالدفع المباشر، و الذي استبدل بعد مدة بالمرسوم المؤرخ في **14** مارس **1973**، لكن ما يعاب على هذين المرسومين أن أحكامهما لم تكن تطبق إلا في حالة عدم رهن المشروع، وهو ما كان يحدث غالبا عندما يواجه المقاول الأصلي صعوبات مالية لإنهائه.

أما في مجال المعاملات الخاصة فلم يكن يوجد أي إجراء قانوني خاص يحمي المقاول الفرعي خصوصا عند إفلاس المقاول الأصلي، ولا سبيل له سوى مطالبة هذا الأخير باعتباره مدينه المباشر وفقا للقواعد العامة ومزاحمة باقي الدائنين، ولم يكن القضاء الفرنسي يقبل بغير ذلك إلا إذا وجدت رابطة قانونية **(un lien de droit)** بين رب العمل والمقاول الفرعي، والتي تكون مثلا نتيجة لوجود وكالة منحها رب العمل للمقاول الأصلي ليختار لمصلحته مقاولين فرعيين، أو وجود اتفاق بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي موقعا عليه من قبل رب العمل شخصيا.

أما الدعوى المباشرة المنصوص عليها في المادة **1798** من القانون المدني الفرنسي فكانت مقتصرة على العاملين لدى المقاول الأصلي، ولم يكن من حق المقاول الفرعي الاستفادة منها[1].

لكن بصدور قانون **75- 1335** حاول المشرع الفرنسي سد الفراغ الموجود في مجال المقاولة الفرعية، وتقرير حماية أكثر للمقاولين الفرعيين باعتبارهم الطرف الضعيف في العملية ككل.

فعرف في المادة الأولى من هذا القانون المقاولة الفرعية[2] ، واعتبرها في المادة الثانية مقاولة أصلية وطرفها الفرعي مقاولا أصليا بالنسبة لمقاوليه الفرعيين، و اشترط في المادة الثالثة موافقة رب العمل على المقاولة الفرعية وعلى الشروط المتعلقة بدفع الأجر للمقاول الفرعي، هذا كله ضمن القسم الأول من القانون المعنون بالأحكام العامة.

أما في القسم الثاني الوارد تحت عنوان الدفع المباشر (Le paiement direct) فخصه للمقاولة الفرعية في مجال الصفقات العمومية، حيث منح في المادة السادسة للمقاول الفرعي حق استيفاء دينه مباشرة من رب العمل.

وتناول في قسم الثالث المعنون بالدعوى المباشرة (de l'action directe) المقاولة الفرعية في مجال المعاملات بين الخواص، ليعطي في المادة **12** للمقاول الفرعي حق إقامة دعوى مباشرة ضد رب العمل لمطالبته بأجره، جاعلا من نص المادتين **06** و**12** من النظام العام[3].

---

[1] -Benabent Alain, op.cit. p : 05.

[2] -Art.1de la Loi n75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance modifié par la loi 01-1168 du 11 décembre2001 "Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise, ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage…"

[3]- Alain Benabent, op. cit. , P : 1466

و نشير في الأخير إلى أن للمقاولة الفرعية عدة تصنيفات أهمها ذاك القائم على وظيفتها، والذي يصنفها بدوره إلى نوعين اثنين:

النوع الأول و يطلق عليه إسم **مقاولة فرعية قائمة على التخصص** وتتم بلجوء المقاول الأصلي إلى مقاول فرعي أو عدة مقاولين فرعيين متخصصين، ليعهد إليهم ببعض الأعمال لكونه غير قادر على القيام بها بسبب افتقاره للأجهزة و المعدات اللازمة، وإما لعدم رغبته في ذلك تبعا لإستراتيجيته المسطرة .

النوع الثاني و يعرف **بمقاولة فرعية قائمة على الطاقة الإنتاجية** و التي يلجأ إليها عند حدوث تذبذب في كمية الطلبات التي يتلقاها المقاول الرئيسي، حيث يصبح غير قادر على تلبيتها، فيضطر للاعتماد على الوسائل المتوفرة لدى المقاول الفرعي حتى يتمكن من توفير باقي الكمية[1].

والظاهر أن المقاولة الفرعية تكتسي أهمية بالغة من الناحية الاقتصادية نظرا لما توفره للمؤسسات من مزايا،إذ تمكن المؤسسات الكبرى من رفع مستوى الإنتاج دون الزيادة في الأعباء، كما تساعدها على الإنقاص من تكلفة التخزين، وتجنبها الاستثمارات غير المجدية في المجال التكنولوجي والبنى التحتية، وفي ذات الوقت تمكنها من الاستفادة من المعرفة الفنية التي يتمتع بها المقاولون الفرعيون واليد العاملة المتوفرة لديهم، بالإضافة إلى أنها تجنبها تقلبات أسعار المواد الأولية، وكذا الحصول على منتوج في أفضل الآجال وبأحسن الأسعار.

وتمتد مزايا المقاولة الفرعية إلى المؤسسة المقاولة من الباطن، فهي تشجع أصحاب الكفاءات على إقامة مشاريع خاصة بهم، مما يسمح ببروز العديد من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهذا بدوره يؤدي إلى تكثيف النسيج الصناعي و زيادة فرص التشغيل و الإنقاص من البطالة و ترقية الاقتصاد ونشر الرخاء الاجتماعي.[2]

بعد هذه النظرة العامة على المقاولة الفرعية، أخصص هذه الدراسة لبحث بشيء من التفصيل في بعض الجوانب القانونية التي يثيرها هذا الموضوع وفي نطاق معناها الوارد في القانون المدني، أي باعتبار المقاولة الفرعية تعاقدا من الباطن.

و الأكيد أن هذا المعنى يطرح إشكالات و تساؤلات عديدة، خاصة وأن المقاولة الفرعية في هذه الحالة عملية تقتضي وجود عقدين اثنين و ثلاثة أطراف تنشأ فيما بينهم علاقات متباينة.

كما أن المقاولة الفرعية بهذا المعنى تمس مواضيع هامة فهي صورة لما يعرف بالعقد من الباطن الذي لم يحض بالدراسة الفقهية الكافية .

---

[1] - Georges Valentin, op.cit. P : 04 et suite.

[2] - La charte déontologique, pour les relation de sous-traitance, de fourniture et partenariat industriel. O.N.U.D.I .vienne 1999.

و كما أن إجماع الفقه على اعتبار علاقة بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي هي علاقة رب العمل بالمقاول أي أن العلاقة بين طرفي عقد المقاولة الفرعية تخضع لنفس أحكام عقد المقاولة، يدفع للتساؤل عن مدى صحة هذا الحكم و ملائمة تطبيقه على هذه العلاقة.

ضف إلى ذلك تعتبر المقاولة الفرعية حالة تطبيقية لمفهوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير والذي هو الآخر لم يستقطب اهتمام الكثير من الدارسين، كما أن دراسة هذا الموضوع تفتح المجال لتعرض للدعوى المباشرة المقررة للمقاول الفرعي باعتباره دائنا ضد رب العمل أي مدين مدينه.

و زيادة على كل ذلك يستوجب تناول موضوع المقاولة الفرعية التعرض لجانب من الدراسات الفقهية الحديثة و الذي مس بمبادئ قانونية مستقر عليها منذ زمن طويل كمبدأ الأثر النسبي للعقود و تأثر القضاء الفرنسي في فترة معينة به ، و الخاص بطبيعة مسؤولية في ايطار العقود الفرعية.

و من هذا المنطلق تتمحور الإشكالية المطروحة في هذا الموضوع حول نقطة أساسية وهي تحديد الطبيعة القانونية للمقاولة الفرعية والتي تقتضي حتما البحث كذلك في الآثار المترتبة عن قيام عقد المقاولة الفرعية.

و لمعالجة هذه الإشكالية أتناول هذا الموضوع في فصلين على التوالي يخصص الأول لبيان الطبيعة القانونية للمقاولة الفرعية، بينما يخصص الثاني لآثار هذا العقد.

# الفصل الأول: الطبيعة القانونية للمقاولة الفرعية

يجمع الفقه على اعتبار المقاولة الفرعية بمفهومها الوارد في القانون المدني صورة تطبيقية لمفهوم العقد من الباطن، و بذلك يكون وجود هذا العقد مرتبط بشكل أساسي بوجود عقد مقاولة سابق له ليتبعه من عدة جوانب نظرا لاشتراكهما في محل واحد.

ومع ذلك فان تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية لا تنفي تمتع الأول ببعض الاستقلالية، مما يجعل المقاولة الفرعية عقدا يتصف في آن واحد بالتبعية و الاستقلالية، و إن كانت صفتين متناقضتين إلا أنه لكل منها مجالها الخاص بها.

هذا ما سوف يتضح أكثر من خلال المبحثين التاليين، حيث يتناول الأول عقد المقاولة الفرعية باعتباره عقدا من الباطن، في حين يتناول الثاني عقد المقاولة الفرعية باعتباره عقدا مستقلا ومتميزا.

## المبحث الأول: المقاولة الفرعية عقد من الباطن

يتفق الفقه في تكييفه لعقد المقاولة الفرعية بمفهومه الوارد في القانون المدني، على أنه عقد من الباطن، ومع ذلك لم تتناول الدراسات الفقهية العقد من الباطن كمفهوم قانوني مجرد إلا مع بداية القرن العشرين. مما يدفع للتساؤل في البداية عن معنى العقد من الباطن، وموقعه ضمن تصنيفات العقود، ثم عن النتائج المترتبة على اعتبار المقاولة الفرعية صورة لهذا النوع من العقود.

و بناء عليه يقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتم التعرض في الأول لمفهوم العقد من الباطن، وفي الثاني إلى النتائج القانونية المترتبة على تكييف عقد المقاولة الفرعية عقدا من الباطن.

### المطلب الأول: مفهوم العقد من الباطن

لم يتناول الفقهاء التقليديون العقد من الباطن كمفهوم له وجود حقيقي، ولم يدرجوه حتى ضمن تصنيفات العقود، واكتفوا بالتعرض لصوره التطبيقية الواردة في القانون المدني والمتمثلة في الإيجار الفرعي **(م 505 مدني)** والمقاولة الفرعية **(م 546 مدني)** والوكالة من الباطن **(م 580 مدني )** على اعتبار أنها أوضاع يمكن أن تطرأ على العقود الأصلية التابعة لها.



لكن مع بداية القرن العشرين أفرز التطور الاقتصادي أوضاعا قانونية معقدة استقطبت اهتمام رجال القانون، مما أدى إلى ظهور عدة دراسات فقهية تضمنت أفكارا و مفاهيم جديدةُ قدمت كوسائل قانونية حتى تلاءم هذه الأوضاع المستجدة.

و قد تعرض جانبا من هذه الدراسات للعقد من الباطن تارة بمناسبة مقارنته ببعض المفاهيم المقاربة له كالتنازل عن العقد والعمليات القانونية بين ثلاثة أطراف، وتارة أخرى لتصنيفه ضمن مجموعات العقود، وصولا إلى دراسته دراسة مفصلة باعتباره مفهوما قانونيا مجردا.

لهذا فإنه من الضروري لتعريف العقد من الباطن تحديد موقعه ضمن تقسيمات العقود وبيان مجاله و شروطه وكذا تمييزه عما قد يختلط به من نظم قانونية، كل في فرع خاص به.

## الفرع الأول: التعريف بالعقد من الباطن

تناولت بعض الدراسات الحديثة- و إن كانت قليلة- العقد من الباطن، عكس الفقه التقليدي الذي لم يهتم به رغم أنه مفهوم ليس بالجديد، مما يستوجب تناول العقد من الباطن من وجهة نظرة الطرفين و التعريف به ضمن الفقرة الأولى من هذا الفرع، لتخصص الفقرة الثانية لشروط التعاقد من الباطن، أما الفقرة الثالثة فمحورها تمييز العقد من الباطن عما قد يشتبه به من أنظمة قانونية.

### الفقرة الأولى: العقد من الباطن ضمن التصنيفات الفقهية

لم يهتم الفقه التقليدي بمفهوم العقد من الباطن بخلاف الفقه الحديث، وتوضيح ذلك يأتي في مايلي:

**أولا: العقد من الباطن وفقا للفقه التقليدي**

لم يعرف الفقهاء التقليديون العقد من الباطن و لم يدرجوه حتى ضمن تقسيمات العقود، و اكتفوا بتقسيم العقود إلى عقود أصلية وأخرى تبعية، مقدمين لها تعاريف مختلفة لكنها تصب في نفس المعنى.

فالأستاذ **السنهوري** يعرف العقد الأصلي بأنه "**ما كان مستقلا في وجوده غير تابع لعقد آخر**"، أما العقد التبعي فهو "**ما كان تابعا لعقد أصلي وجد قبله**". ويضيف " **أن العقد الأصلي له وجود**

**مستقل، أما العقد التبعي فيتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند إليه فيكون صحيحا أو باطلا ويبقى أو ينقض تبعا للعقد الأصلي"[1].**

ويعرف الأستاذ **ياسين محمد الجبوري** العقد الأصلي بأنه **"العقد الذي يقوم بذاته مستقلا دون الاستناد إلى عقد آخر، أما العقد التبعي فهو العقد الذي لا يقوم إلا بالاستناد إلى عقد آخر أي أنه عقد يفرض وجود عقد آخر يستند إليه ويرتبط به ويستهدف تنفيذه " [2].**

أما المؤلفان **Malaurie et Aynes** فيعتبران العقد الأصلي هو العقد الذي يسمح لوحده بالوصول إلى النتيجة التي يبتغيها المتعاقدان، بينما العقد التبعي هو عقد يفترض وجود عقد آخر سابق له يعمل على تكملته[3].

ويقدم مثلا عقد البيع و عقد الإيجار على أنها العقود الأصلية القائمة بذاتها، بينما تعتبر التأمينات الشخصية و العينية كالكفالة والرهن عقود تبعية.

و الملاحظ أن هذه التعاريف تؤكد كلها على علاقة التبعية بين العقدين و ما يترتب عنها من نتائج،دون أن تعرف العقد من الباطن و العقد الأصلي خلافا لما جاءت به الدراسات الحديثة.

**ثانيا: العقد من الباطن وفقا للفقه الحديث**

أولى الفقه الحديث اهتماما بمفهوم العقد من الباطن انطلاقا انتقاداته لبعض الأفكار المكرسة من الفقه التقليدي و المقدمة على أنها مبادئ مستقر عليها، خصوصا تمسكه بالنظرة الفردية للعقود، إذ يرى أنه إلى جانب العقود المنفردة الواردة في القانون المدني هناك ما يطلقون عليه اسم "**مجموعات العقود**"[4].

و أول من قال بهذا المفهوم المؤلف الفرنسي **teyssie** سنة **1975** نتيجة لاستقرائه لواقع اقتصادي متسم بالتعقيد.

فحسب رأيه لم يعد استخدام العقود المنفردة في الوقت الحالي كاف لتلبية حاجات الأشخاص المتزايدة والمتنوعة، الأمر الذي حتم على هؤلاء مضاعفة العمليات القانونية، فتزايد حركة تنقل الأموال أدى إلى إبرام عدة اتفاقيات حول محل واحد، كما أن تعقيد العمليات الاقتصادية وتخصص

---

[1] - د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، بيروت، دار إحياء التراث العربي ، ص 143.

[2] - د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الحقوق الشخصية- المجلد الأول: نظرية العقد- القسم الأول- انعقاد العقد، عمان، دار وائل للنشر والطباعة ، الطبعة الأولى، 2002 ص:162.

[3] -Ph. Malaurie et L.aynes, droit civil, les obligations, tome 5, 7$^{eme}$ édition 1997, p : 180.

[4] - Ph. Malaurie et L.aynes, op. Cit, n° 312, p : 180.

المتعاملين الاقتصاديين اقتضى إبرام عدة عقود لتنفيذ هذه العمليات، و من هنا ظهر ما سماه بمجموعات العقود[1].

والواقع أن "مجموعات العقود" مفهوم ما زال غير واضح المعالم ويكتنفه الكثير من الغموض سواء من حيث محتواه ، أو من حيث القواعد التي تحكمه، حتى أن الفقه والقضاء الفرنسي ما زالا منقسمين بشأنه، جانب رافض الأخذ به والجانب لم يتفق حتى على المصطلحات المستعملة ومدلولها.

فقسم من الفقه الفرنسي يستخدم مصطلح "**ensembles contractuels**" ويدرج تحت هذه التسمية كل الحالات التي تسمح بوجود ترابط بين عقدين أو أكثر، لتشمل كل الاتفاقيات الجماعية مهما كان مجالها والعقود المركبة " **contrats combinés**" والتي تضم بدورها عقود الإطار " **contrats cadres**" وسلسلة العقود " **contras chaînes**" والعقود من الباطن "**sous-contrats**" وعقود متماثلة "**contrats jumelés**"[2].

أما **teyssie** فيستعمل مصطلح "**groupes de contrats**" ويعرفه بأنها مجموعة متكونة من عدة عقود تمثل مصلحة اقتصادية واحدة سواء لأنها تتعلق بنفس المحل أو لأنها تسعى إلى تحقيق هدف مشترك، أي أن كل العقود التي تؤلف هذه المجموعة تشترك في هدف واحد أو في سبب واحد، وعلى هذا الأساس يقسم المجموعات العقدية إلى قسمين:

**<u>القسم الأول:</u>** يطلق عليه اسم سلسلة العقود "**chaînes de contrats**" تضم هذه المجموعة عدة عقود متتابعة من حيث تاريخ الانعقاد ومتعلقة بمحل واحد، وتقسم هي الأخرى الى نوعين:

النوع الأول يطلق عليه متوالية العقود أي **chaînes de contrats par adition** و هي مجموعة من عقود تجمعها وحدة الطبيعة و وحدة المحل، كما أن العقد الثاني يأتي لاحقا للعقد الأول من حيث تاريخ الانعقاد و من حيث التنفيذ، و قد تكون هذه العقود بين أطراف مختلفة مثل البيوع المتتالية أو بين نفس الأطراف كالتجديد الضمني لعقد الإيجار محدد المدة .

أما النوع الثاني يطلق عليه **chaînes de contrats par diffraction** و يقصد بها مجموعة من عقود تجمعها وحدة الطبيعة و وحدة المحل و يعمل العقد اللاحق على تجزئة العقد الأصلي، ليدرج ضمن هذا النوع المجموعة العقدية المتكونة من العقد الأصلي و العقد من الباطن، حيث يبرم الأول ليلحق به الثاني و يتم تنفيذهما في نفس الوقت.

**<u>القسم الثاني:</u>** يطلق عليه اسم "**les ensembles de contrats**" ويندرج تحت هذه التسمية عدة عقود أبرمت من أجل تحقيق هدف مشترك، ومثاله قيام شخص بإبرام عدة عقود منفردة مع عدة

---

[1] - Bernard teyssie, les groupes de contrats. L.G.D.J. paris, 1975 n° 15 p : 8 et suite.
[2] - Daniel veaux, contrat et obligations, effets des conventions à l'égard des tiers, Juris-classeur civil ; art : 1165 fasc. 10, 1996.

أشخاص ليعهد لكل واحد منهم بمرحلة ما من مراحل الانجاز. فالعقود في هذه المرحلة ليست متعاقبة، إنما لها وجود مشترك كما أن لكل واحد منها محل خاص به[1].

والجدير بالذكر أن **teyssie** بطرحه لمفهوم " مجموعات العقود " فسح المجال لجدال فقهي حاد وانقسام قضائي، خاصة فيما يتعلق بتوسيعه لمفهومي الطرف في العقد والغير، وكذلك لطبيعة العلاقة التي تربط مختلف أطراف العقود ضمن المجموعة العقدية[2].

وقد أيده في أفكاره تلك المؤلف **Néret**، الذي قام بدراسة سنة **1979** تعتبر الأولى من نوعها للعقد من الباطن باعتباره مفهوم قانوني مجرد.

وقد أورد بعض المؤلفين تعريفا عاما للعقد من الباطن حيث اعتبروه " لفظ يدل على معناه فهو عقد يتبع عقدا أصليا"[3].

أما البعض الآخر فيرى أن العقد من الباطن هو"عقد يتراكب مع عقد آخر من نفس الطبيعة القانونية، مما يسمح بوجود علاقات بين العقدين تجعل من العقد الثاني تابع للأول و يعمل على تنفيذه"[4].

يرى **Goubeaux** أن التبعية بين عقدين تتحقق عندما يكون عقد ما ناتج عن عقد آخر أو مخصص لتنفيذه، لهذا يوجد نوعين من العقود التبعية:

***** النوع الأول: يشمل العقد المخصص لخدمة العقد الأصلي، فيتحدان في الغرض ويختلفان في الطبيعة القانونية.

* النوع الثاني**:** يكون فيه العقد الثاني ناتجا عن العقد الأصلي فيشركان عندئذ في الطبيعة، لكن يكون لكل منهما هدف خاص به.

انطلاقا من تعريفه للتبعية يصنف العقد من الباطن ضمن العقود التبعية، كونه يتراكب مع عقد سابق له و يتبعه و يعمل على تكملته، ومن ثمة تشبه العقود التكميلية في بنيتها المجموعة العقدية المكونة من العقد الأصلي و العقد الثاني.

أما **Néret** فلم يرى فائدة من إعطاء تعريف للعقد من الباطن، وفضل التركيز من جهة على بيان الشروط الواجب توافرها حتى يكيف عقد ما بأنه عقد من الباطن، ومن جهة ثانية على تحديد الوظيفة المزدوجة لهذا العقد.

---

[1] - Bernard teyssie, op. cit. , N° 73 et N° 122, N°174 p 70 et suite.

[2] -Remy Cabrillac, op. cit. , p : 100.

[3] -Daniel vaux, o p.cit, n°22, P : 8.

[4] -Ph. Malaurie et L.aynes, op.cit, N° 690,p:403

وعموما يعتبر **Néret** التعاقد من الباطن "عملية تتطلب على الأقل وجود ثلاثة أشخاص وعقدين اثنين، عقد أصلي قائم بين المتعاقد الأصلي الأول والمتعاقد الأصلي الثاني، وعقد ثاني تابع له يكون بين المتعاقد الأصلي الثاني ومتعاقد آخر يسمى متعاقد فرعي، والذي بموجبه يتم إحلال هذا الأخير إحلالا غير كامل من الطرف المشترك إما في تنفيذ العقد الأصلي أو في المنفعة "[1].

ومما لا شك فيه أن المفهوم الذي جاء به **Néret** للعقد من الباطن أكثر شمولية، لأنه لا يتوقف فقط عند تحديد العلاقة بين العقد من الباطن والعقد الأصلي الذي يستند عليه، وإنما يزيد على ذلك بتبيان الوظيفة المزدوجة للعقد من الباطن والتي على أساسها يصنفه إلى قسمين:

**القسم الأول:** فيكون العقد من الباطن فيه وسيلة لتنفيذ العقد الأصلي فيشترك العقدان في المحل والهدف، ذلك أن المتعاقد يحِلُّ غيره في تنفيذ جزء من التزامه أو كله، بحيث يجعل من هذا الغير مدينا بهذا الالتزام بموجب العقد من الباطن وبأدائه يعتبر المنفذ الحقيقي له.

أما المتعاقد الوسيط فيكون من جهة قد رضى الدائن الأصلي أي المستفيد الحقيقي من الخدمة، ومن جهة ثانية تبرأ ذمته بقدر هذا الأداء، لتدرج المقاولة الفرعية والوكالة من الباطن ضمن هذا النوع من العقود من الباطن.

**القسم الثاني:** يكون العقد من الباطن فيه وسيلةً لنقل المنفعة حيث يتحد العقد من الباطن و العقد الأصلي في المحل فقط بينما يستقل كل واحد منهما بهدف خاص به، إذ يتخذ من العقد الأصلي كوسيلة للوصول إلى العقد من الباطن، فبعدما يتحصل المتعاقد الوسيط على حق الانتفاع بمقتضى العقد الأصلي يحل غيره في الاستفادة من هذا الحق بهدف تحقيق ربح من الفارق في الأجرة بين العقدين مثل ما هو الحال في عقد الإيجار من الباطن.[2].

و قد انتقد **Néret** الرأي المؤلف **Goubeaux** على أساس أنه عام و يفتقر للدقة، مؤكدا أن التحليل الدقيق لطبيعة العقود التبعية يبين أن مفهوم العقد من الباطن لا يتوافق مع المفهوم المقدم للتبعية، لأنه عند البحث في مختلف حالاتها يتضح وجود نوعين اثنين منها، إما أن تكون المجموعة العقدية المكونة من العقد الأصلي و العقد التبعي مبرمة بين نفس الأطراف أو مبرمة بين أحد أطراف العقد الأصلي و الغير[3] .

وبالنسبة للعقد التكميلي مبرم بين نفس أطراف العقد الأصلي كعقد الصلح و الاتفاق على الشرط الجزائي، فلو ثار نزاع بشأن بيع تبعه صلح كان هذا الأخير عقدا بين نفس أطراف عقد البيع

---

[1] - Jean Néret,Le sous-contrat, L.G.D.J, 1979, N°05, P : 09.
[2] - Jean Néret, op. cit., N° : 200, P : 157.
[3] - Jean Néret, op. cit., N° 96, p : 61et 62.

و تابعا له و معدلا لأحكامه، فإذا أبطال عقد البيع تبعه عقد الصلح في ذلك ، أما إذا أبطل الصلح أو فسخ بقي عقد البيع قائما دونما تأثير.[1]

وبالتالي فالفرق بين العقد التكميلي و العقد من الباطن واضح هنا، وهو غياب طرف ثالث أجنبي عن المتعاقدين الأصليين من جهة، و أخرى اختلاف في الطبيعة القانونية بين العقد التكميلي و العقد الأصلي، أما العقد من الباطن فيقتضي تدخل الغير في العملية العقدية، كما تكون له غالبا نفس طبيعة العقد الأصلي.

أما التمييز بين العقد من الباطن والعقد التكميلي المبرم بين أحد أطراف العقد الأصلي والغير فيكون أكثر صعوبة من الحالة السابقة، فالعقد من الباطن باعتباره وسيلة لتنفيذ العقد الأصلي بواسطة الغير يقترب من حالة تنفيذ العقد بواسطة مساعد.

و"**المساعد**" شخص يتعاون مع المدين في تنفيذ التزامه، وينطبق ذلك على كل التابعين له الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ العقد، و وضعيتهم و إن كانت قريبة من وضعية المقاولين الفرعيين كونهم ينفذون بدلا عن المدين كل تزاماته أو جزء منها، لكن الاختلاف بينهم يكمن في طبيعة العلاقة التي تجمعهم بالمدين، فالمستخدم يرتبط بالمدين بواسطة عقد عمل مما يجعله خاضعا لإشرافه و رقابته وبالتالي يكون تابعا له[2].

عكس المتعاقد من الباطن فهو يعمل مستقلا ولا وجود لعلاقة تبعية بينه وبين الشخص الذي تعاقد معه كما أن التمييز بين " **المساعد**" و" **البديل** " أصبح أمرا مسلما به فالأول يشارك في تنفيذ الالتزام إلى جانب المدين، أما الثاني فيتولى تنفيذ الالتزام بدلا عن المدين.

وبناء على هذا التمييز بين المفهومين يتم التفريق بين عقد العمل و عقد المقاولة من الباطن، فإذا نفذ المقاول الإتزامات الناشئة عن عقد المقاولة بواسطة أشخاص تابعين له، فلا وجود لعقد من الباطن كون عقد العمل القائم بين المقاول و التابعين له لا يتعلق وجوده بعقد المقاولة المبرم بين المقاول و رب العمل إنما هو عقد مستقل قائم بذاته و لا ينقضي تبعا لانقضاء العقد الأول .

بالمقابل إذا تعاقد نفس المقاول مع مقاولين متخصصين من الباطن لإنجاز الأعمال المسندة إليه فإننا نكون أمام عقد من الباطن يتراكب مع عقد المقاولة الأصلي، و مرتبط به في الوجود والانقضاء ومتحدا معه في المحل و الطبيعة القانونية. و حتى ولو تم إبرام عقد عمل خصيصا لتنفيذ عقد مقاولة و لمدة محدودة تنتهي باكتمال المشروع، يكون عقد العمل تابع لعقد المقاولة ومدته محدودة بانتهاء أشغال البناء، إلا أن علاقة التبعية بين المقاول و المستخدمين تمنع ظهور العقد من الباطن[3].

---

[1]- د. ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص: 162.

[2]- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 11.

[3] - Jean Néret, op. cit. , P : 64.

و نتيجة لذلك تكون المجوعة العقدية مكونة من العقد الأصلي و العقد من الباطن متميزة ضمن مجوعات العقود.

**الفقرة الثانية: نطاق العقد من الباطن**

تبين مما سبق أن التعاقد من الباطن وسيلة تمكن المتعاقد من إنابة غيره في تنفيذ التزاماته أو الانتفاع بالحقوق المستمدة من العقد الأصلي، لهذا لا تستحب طبيعة كل العقود أن يرد عليها هذا النوع من التعاقد، إنما يقتصر الأمر فقط على تلك التي تولد حقوقا و التزامات تقبل إنابة الغير في ممارستها أو تنفيذها. و مما لاشك فيه أن هذا الشرط يتحقق في حالات و ينتفي في أخرى، هذا ما يتبين مما يلي:

**أولا: العقود القابلة للتعاقد من الباطن**

يقتضي التعاقد من الباطن وجوب قبول الحقوق و الإلتزامات الناشئة عن العقد الأصلي لإنابة الغير في ممارستها أو تنفيذها، ولا يتحقق هذا الشرط إلا بالنسبة للعقود التي تفرض التزاما بعمل و الذي يكون محلا للعقد من الباطن، حيث يكل المتعاقد الوسيط إلى المتعاقد الفرعي تنفيذ التزام بالعمل المتولد عن العقد الأصلي بدلا عنه، أو يجعل المتعاقد الفرعي يستفيد من الشيء الذي قدمه المتعاقد الأصلي الأول، مثل الناقل الذي ينيب غيره في تنفيذ عقد النقل أو المستأجر الذي يؤجر العين المؤجرة كلها أو جزء منها لمستأجر ثان .1

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يولد التزام بعمل هو من العقود المستمرة أي العقود التي يتطلب تنفيذها فترة من الزمن، فيكون لعنصر الزمن دور مهم و مزدوج فهو من جهة يعتبر عنصرا جوهريا في المحل إذ تقاس به التزامات المدين و حقوق الدائن، كما هو الحال في عقد الإيجار أين تتحدد مقدار المنفعة بالعين المؤجرة بمدة زمنية معينة، و من جهة ثانية يكون الزمن وسيلة للتنفيذ و مثاله عقد المقاولة فحتى يتمكن المقاول من تنفيذ التزاماته يحتاج إلى وقت ليس بالقصير، لهذا السبب تستبعد من نطاق التعاقد من الباطن العقود الفورية[2].

**ثانيا: العقود المستبعدة من نطاق التعاقد من الباطن**

تستبعد العقود التي يكون محل الالتزام فيها امتناع عن عمل أو منح شيء من نطاق التعاقد من الباطن، لأن الغاية من الالتزام في الأولى هي جعل شخص معين بذاته يمتنع عن فعل معين، وبالتالي لا مجال لأن يحل غيره في ذلك، و يستثنى من ذلك طبعا إذا كان الالتزام بالامتناع التزاما ثانويا

---

[1]- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:10.

[2]- د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص : 84.

كالالتزام المستأجر بعدم إحداث تغيرات على العين المؤجرة، فإنه يكون في مواجهة المستأجر الأصلي و المستأجر الفرعي على حد سواء[1].

وبالنسبة للعقود التي تنشأ حقا عينيا أو تنقله فإن تنفيذها يتم بحسب طبيعة المحل أي بمجرد انعقاد العقد في المنقول المعين بالذات، أو بالفرز في الأشياء المثلية، أو بإتمام إجراءات الشهر في حالة العقار .

كما أن العقد اللاحق حتى و لو كان مبنيا على العقد الأول إلا أنه ليس تعاقد من الباطن، إنما هو إعادة لنقل الحق بسبب أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة مباشرة ولا يمكن أن تكون هذه الأخيرة لمالكين أحدهما أصلي و الآخر فرعي، لذلك يجوز أن يرد على المحل بيع ثان لكن لا وجود لبيع من الباطن[2].

كما يخرج من دائرة التعاقد من الباطن العقود التي لا يعمل فيها المدين مستقلا، أي العقود التي يكون المدين خاضعا لإشراف المتعاقد الأخر، كالتابع الذي يعمل تحت إشراف و رقابة المتبوع فلا يمكنه أن يحل غيره في تنفيذ العمل المسند إليه، لهذا لا يجوز أن يرد تعاقد من الباطن على عقد العمل[3].

## الفرع الثاني: شروط التعاقد من الباطن

لا يمكن تحديد طبيعة العقد من الباطن من خلال تحليل الالتزامات المتولدة عنه، إنما يتم ذلك عند توفر شروط معينة، يشرح كل واحد منها في فقرتين التاليتين:

### الفقرة الأولى: أن يتبع العقد من الباطن عقد أصلي سابق له

تقتضي التبعية حتما وجود العقد المتبوع أولا و بصفة أساسية ليلحق به العقد التابع و هو الأمر ذاته في العقد من الباطن و الذي يظهر مما يلي:

#### أولا: وجود عقد أصلي سابق

من الضروري أن يستوفي العقد من الباطن كل الشروط القانونية التي تقتضيها القواعد العامة بشأن إبرام العقود من وجود إرادة حرة خالية من كل العيوب و محل وسبب مشروعين، غير أن هذه الإرادة غير قادرة لوحدها على إيجاد عقد من الباطن، إنما يشترط زيادة على ذلك وجود عقد أصلي،

---

[1].- Néret, op.cit ; N° :41, et n°47, p : 37 et suite.

[2]- د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، الجزء الثالث: تنفيذ العقد، التنفيذ العيني، بدون ذكر دار النشر، 1992، ص 59 و ما بعدها.

[3]- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 11.

فلا وجود لعقد من الباطن في غياب عقد أصلي لأن هذا الأخير يشكل سببا منشأ له، و من ثمة لا وجود لإيجار من الباطن في غياب إيجار أصلي و لا لمقاولة فرعية في غياب عقد مقاولة أصلي.

كما أن وجود العقد الأصلي هو السبب في إضفاء صفة العقد من الباطن على العقد الثاني التابع له، لهذا سمى **Néret** السبب بهذا المعنى (La cause catégorique) تميزا عن السبب كركن من أركان العقد والذي يستقل به كل من العقد الأصلي و العقد من الباطن[1].

وإلى جانب شرط الوجود يجب أن يبرم العقد الأصلي أولا ليتبعه العقد المتصف بأنه من الباطن، أي أن الأسبقية في الانعقاد تكون وجوبا للعقد الأصلي، لكن لا يشترط أن تكون له الأسبقية في تنفيذ، فيجوز أن يشرع في تنفيذ العقد الأصلي قبل إبرام العقد من الباطن، شرط أن لا يكون التنفيذ قد تم فإن إبرم العقد اللاحق بعد إتمام تنفيذ العقد الأول كنا بصدد عقد أصلي ثان و ليس عقدا من الباطن، فحتى يعتبر إيجار فرعيا يجب أن يكون مسبوقا بعقد إيجار أصلي، و إلا كان عقدا أصليا واردا على ملك الغير.

### ثانيا: أن يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي

ليتحقق التعاقد من الباطن يجب أن يكون العقد من الباطن تابعا للعقد الأصلي، و التبعية تكون من جانب واحد، أي أن العقد من الباطن يتبع العقد الأصلي وليس العكس.

تجد التبعية سببها بصفة أولية في وحدة المحل بين العقدين، و تشمل هذه الأخيرة وحدة الالتزام في العقدين و وحدة الشيء إذا ما تعلق محل العقد بشيء معين كاشتراك عقدي الإيجار الأصلي و الفرعي في الانتفاع بالعين المؤجرة و الأجرة.

يرى **Néret** أن وحدة الشيء المادي بين العقدين شرط ضروري لوجود العقد من الباطن لا يمكن استبعاده، لأن اختلاف الشيء الذي يتعلق به المحل يجعل هذا الأخير مختلف في العقدين و من ثمة لا يكون العقد الثاني عقدا من الباطن، فالمستأجر الذي شيد منشآت بترخيص من المؤجر أثناء سريان عقد إيجاره يجوز له أن يؤجرها إلى شخص آخر، لأن هذه المنشآت تعتبر في هذه الفترة ملك له، ولا تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى المؤجر الأصلي إلا عند نهاية الإيجار الأول، لكن هذا الإيجار الثاني يعتبر إيجارا أصليا، وليس عقدا من الباطن لاختلاف المحل في العقدين الأول والثاني[2].

لكن لا يشترط لتحقق وحدة الشيء المادي أن يرد التعاقد من الباطن على كل شيء، بل يجوز أن يتناول جزء منه كأن يتعلق الإيجار من الباطن بجزء من العين المؤجرة، وأن يتناول عقد المقاولة الفرعية بعض الأعمال التي تشملها المقاولة الأصلية.

---

[1] -Néret. op.cit. N° : 15 P : 19 et 20.

[2] -Néret op. cit., N° 126, p : 102 et N°130, p : 140.

وحسب **Néret** دائما فإن العقد من الباطن يتبع العقد الأصلي مبدئيا من حيث الطبيعة القانونية و ذلك نتيجة لوحدة المحل بينهما، فإن كان العقد الأصلي إيجارا أو وكالة أو مقاولة كان للعقد من الباطن نفس الطبيعة أي إيجار أو وكالة أو مقاولة و لو اشتركا في جزء من المحل فقط .

يترتب على تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي تشابه مركز الأطراف في العقدين، فالالتزامات و حقوق الطرفين للعقد من الباطن مشابهة لالتزامات و حقوق طرفي العقد الأصلي.

كما أن طبيعة الالتزامات في العقد من الباطن تتحد مبدئيا تبعا لطبيعة الالتزامات في العقد الأصلي، فإن كان التزام المتعاقد الوسيط في العقد الأصلي بتحقيق نتيجة تبعه التزام المتعاقد الفرعي اتجاه المتعاقد الوسيط و كان التزاما بتحقيق نتيجة كذلك.

و من نتائج التبعية أيضا أنه لا يجوز للطرف المشترك أن يقر للمتعاقد الفرعي حقوقا أكثر مما له في العقد الأصلي، و لا أن يلتزم في العقد من الباطن بالتزامات لا يمكنه تنفيذها لتعارضها مع أحكام العقد الأصلي، مثلا لا يحق للمستأجر إذا تعاقد من الباطن أن يرخص للمتعاقد معه بتغيير الغرض الذي أعدت له الأماكن المستأجرة، و لا أن يزيد في مدة الإيجار من الباطن عن مدة الإيجار الأصلي، كما لا يجوز أن يلتزم المستأجر الأصلي في عقد الإيجار الفرعي بالقيام بإصلاحات الرئيسية كونها من الالتزامات الملقاة على عاتق المؤجر المالك.

و تؤدي تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي كذلك إلى أن العقد من الباطن يتبع مصير العقد الأصلي، فإذا انقض العقد الأصلي لأي سبب انقضى تبعا له العقد من الباطن لاستحالة تنفيذه[1].

### الفقرة الثانية: قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن

إن وجود العقد من الباطن لا يتوقف فقط على وجود عقدين يتبع أحدهما الأخر، إنما يشترط كذلك قبول المتعاقد الأصلي الأول بالعقد من الباطن، فبالرغم من أن المتعاقد الذي يلجأ إلى الغير لتنفيذ التزاماته لا يخرج من دائرة التعاقد ويبقى ملتزما تجاه دائنه، فإنه من حق هذا الأخير معرفة الشخص الذي تولى مهمة التنفيذ والقبول به.

ويتحدد شكل القبول بالعقد من الباطن وفقا لطبيعة العقد الأصلي، فيؤخذ مبدئيا بالقبول الصريح في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، وبالقبول الضمني في العقود الأخرى[2].

---

[1]- د. مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص: 09 .

[2] - Jean Néret, op.cit. , N° 78; p : 68.

**أولا: القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي**

تقدم القول أن العقد الأصلي ينشأ التزاما بعمل و تنفيذه يتطلب مدة زمنية معينة، لهذا السبب غالبا ما يكون من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.

و العقود القائمة على الاعتبار الشخصي هي عقود يعتد فيها بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته، فتكون شخصيته أو صفته عنصرا جوهريا في العقد و محل اعتبار وقت انعقاد العقد وعند تنفيذه، و لا يقبل التنفيذ أو الوفاء إلا من هذا المتعاقد شخصيا[1].

وتتسم الالتزامات المتولدة عن هذا العقد بالطابع الشخصي لتعلقها بشخصية المدين، لهذا وجب تنفيذها من المدين شخصيا ولا يجوز تنفيذها بواسطة الغير ولا التنازل عنها، فقد أعطى المشرع للدائن حق رفض الوفاء من غير المدين إذا كان التنفيذ العيني يقتضي أن يتم الوفاء بواسطة المدين نفسه وفقا لما تضمنته **المادة 169** من القانون المدني .

لكن إذا لم ينفذ المدين التزامه بنفسه، فهل يجوز له أن ينيب غيره في ذلك ؟

مبدئيا الموافقة الصريحة للمتعاقد الأصلي الأول شرط ضروري عندما يتعلق الأمر بعقود تتضمن بطبيعتها عنصر الاعتبار الشخصي أو تلك المتضمنة الشرط المانع للتعاقد من الباطن.

فبالنسبة للعقود المتضمنة بطبيعتها لعنصر الاعتبار الشخصي مثل عقد العلاج الطبي لا يمكن للطبيب أن ينيب طبيب غيره لمعالجة المريض دون القبول الصريح لهذا الأخير نظرا للطابع الشخصي لالتزامه.[2]

أما بالنسبة للعقود المتضمنة الشرط المانع من التعاقد من الباطن، فإن هذا الاتفاق يكون تارة منعا مطلقا وتارة أخرى مقيدا فقط له، كأن يتفق المتعاقدين على عدم جواز تعاقد المدين من الباطن أو يتفقا فقط على تعليق استعمال هذا الحق على شرط معين كالحصول على ترخيص كتابي من المتعاقد الأصلي أو موافقته على شخص المتعاقد الفرعي، فالقبول الصريح شرط ضروري في هذه الحالة إذ يعتبر بمثابة تنازل عن الشرط المانع.

وقد يجد منع التعاقد من الباطن مصدره في النصوص القانونية حيث يمنعه المشرع إذا لم يحصل المتعاقد على قبول الصريح للطرف الأخر مثل ما هو الحال في الإيجار الفرعي إذ تمنع المادة

---

[1]- د. جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني،القاهرة ،الدار الجامعية، 1994، ص: 45.

[2]- Jean Néret, op.cit., N° 85 ; p : 75et 76.

**505** من القانون المدني الإيجار الفرعي سواء شمل كل العين المؤجرة أو جزء منها إذا لم يتحصل المستأجر على موافقة صريحة من المؤجر.

وتجدر الإشارة إلى أن النص المانع من التعاقد قد يكون نصا مكملا أو نصا آمرا، ففي الحالة الأولى فإن الاتفاق على ما يخالفه يجب أن يقع في العقد الأصلي بمعنى أنه يجب أن يستند التعاقد من الباطن إلى إذن سابق فإن تخلف هذا الإذن اعتبر النص المكمل جزء من العقد و يأخذ حكم الشرط المانع.

أما و إن تعلق الأمر بنص آمرا فإن الإذن بالتعاقد من الباطن يقع باطلا، و من باب أولى يقع باطلا التعاقد من الباطن بدون إذن سابق، حتى أن الموافقة الصريحة للمتعاقد الأصلي لا تجعل من التعاقد من الباطن جائزا[1].

ونتيجة لذلك فإن جواز التعاقد من الباطن بالنسبة للعقود القائمة على الاعتبار الشخصي متوقف على إذن الصريح من المتعاقد الأصلي، فإن لم يتعرض المتعاقدين لمسالة التعاقد من الباطن في العقد الأصلي لا يعتبر سكوتهما قبولا.

إن اللجوء المتعاقد الوسيط إلى إبرام عقد من الباطن رغم منعه من ذلك يشكل انتهاك للعقد الأصلي و مخالفة للالتزام بالامتناع الوارد فيه، و بالتالي يحق للمتعاقد الأصلي مبدئيا طلب فسخ العقد الأصلي طبقا للقواعد العامة[2].

**ثانيا: القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي**

تعرف العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي بأنها العقود التي لا تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل اعتبار عند المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد، و بالتالي لا تشكل شخصيته أو صفته سوى عناصر ثانوية، فالتعاقد في هذه الحالة يتم بصورة أساسية لأهداف اقتصادية ومالية و دون أن يتأثر بشخصية المتعاقد، كما لو تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لغيره أن يصنعه بنفس الطريقة و الجودة أو تعهد ناقل بنقل أشخاص أو أشياء يمكن لغيره أن يقوم بتنفيذ ذات الالتزام.[3]

و متى تحققت النتيجة المرجوة من التعاقد الأصلي لا يهم المستفيد منها بعد ذلك أن يكون منفذها المدين شخصيا أم أحد عماله أو مساعديه.

---

[1]-د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 14.

[2]- Jean Néret, op. cit .,N° 119 ; p : 97

[3] - د. ياسين محمد الجبوري،المرجع السابق، ص: 120.

أما إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزاماته رغم أن التنفيذ العيني ممكن جاز للدائن اللجوء للقضاء ليطالب تنفيذ الالتزام على نفقة المدين طبقا لأحكام المادة **170** من القانون المدني[1].

و الخلاصة أن جميع العقود التي لا تقوم على شخصية المدين لا تتطلب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها تدخل المدين شخصيا، إنما يكون التنفيذ صحيحا إذا ما قام به شخص آخر غيره.

يجمع الفقه على جواز التعاقد من الباطن في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي إذا لم يتضمن العقد الأصلي قبولا صريحا به، لكن لكل فريق مبرراته.

فالفريق الأول يجيز التعاقد من الباطن استنادا إلى الموافقة الضمنية للمتعاقد الأصلي الأول على أساس أن غياب عنصر الاعتبار الشخصي في العقد الأصلي يجعل من شخصية المنفذ الحقيقي للالتزام عديمة الأهمية بالنسبة للدائن به، وأنه موافق ضمنيا على إنابة المدين لغيره في تنفيذ العقد القائم بينهما .

أما الفريق الثاني فيرى أن موافقة المتعاقد الأصلي على التعاقد من الباطن تأخذ في هذه الحالة شكل خاص يتمثل في غياب شرط المنع، بمعنى أنه طالما لم يتضمن العقد الأصلي شرطا صريحا يمنع التعاقد من الباطن فهذا يدل أن هذا الأخير جائزا ،[2].

أما الفريق الثالث يعتبر أنه عند تخلف المنع الصريح في العقد الأصلي فإن التعاقد من الباطن لا يحتاج إلى إذن سابق أو إقرار لاحق، لكنه جائز استنادا إلى الأصل العام و هو إباحة التعاقد من الباطن لأن أحكام القانون المدني و لاسيما المادة **169** و ما يليها أجازت أن يأتي الوفاء من غير المدين و ليس للدائن الاعتراض على ذلك إلا إذا كانت طبيعة الدين أو وجد اتفاق سابق يقضي بوجوب أن ينفذ المدين التزاماته بنفسه .

كما أن العديد من النصوص القانونية تجيز التعاقد من الباطن مثل ما هو الحال في عقود المقاولة و الإيجار و الوكالة.

و زيادة على ذلك فإن استعانة المدين بشخص كبديل عنه لتنفيذ التزامه لا تختلف من وجهة نظر الدائن عن استعانته بعمال أو بمستخدمين إذ يبقى المدين مسؤولا عنهم أمامه.[3]

---

[1] - أغلب التشريعات العربية تجيز للدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون اشتراط الحصول على ترخيص قضائي في حالة الاستعجال ما عدا المشرع الجزائري حبذا لو أنه استدرك ذلك و أدرج صراحة هذه الحالة ضمن نص المادة 170 المدني.

[2]- د. جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص: 46 و كذلك د. الياس نصيف ، المرجع السابق ، ص: 77 .

[3]- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 14.

### الفرع الثالث: تمييز العقد من الباطن عما يشابهه من أنظمة قانونية

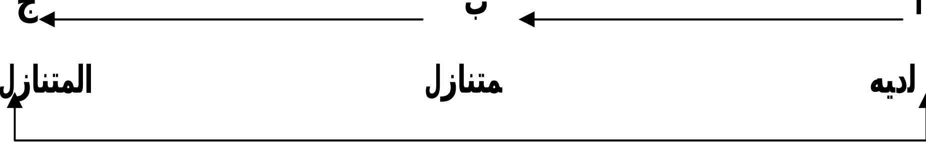
ليس التعاقد من الباطن العملية الوحيدة التي تتطلب تعددا في العقود والأطراف، لكن هناك العديد من العقود تتم بوجود ثلاثة أطراف أو أكثر، لهذا فإنه من الضروري تميز العقد من الباطن عن بعض النظم القانونية المقاربة له والمتمثلة في التنازل عن العقد والعقد المشترك هذا ما سيتم في الفقرتين التاليتين:

#### الفقرة الأولى: العقد من الباطن والتنازل عن العقد

لم يخص القانون المدني سواء في الجزائر أو مصر أو فرنسا التنازل عن العقد بتنظيم خاص و مستقل، بالرغم من تعرضه لبعض صوره كالتنازل عن الإيجار في المادتين **505** و **506** من القانون المدني، وكذا إقراره لجواز حوالة الحق و حوالة الالتزام و تنظيم أحكامها و اللتين تعتبرين وسيلتين كافيتن لتحقيق التنازل عن العقد الملزم لجانب واحد، [1].

كما أقر الفقه التنازل عن العقد استنادا إلى مبدأ حرية التعاقد و كذا نظرته المادية للالتزام باعتباره رابطة بين ذمتين ماليتين مما يجيز تغير شخص المدين و شخص الدائن[2]،

وتتحقق عملية التنازل عن العقد من خلال عقدين متتاليين، العقد المبرم أساسا لإنشاء التزام بعمل أو إعطاء شيء و العقد اللاحق له و هو عقد التنازل و الذي يكون محله التنازل عن العقد الأول لفائدة شخص ثالث يسمى **المتنازل له** ليحل محل متعاقد **المتنازل** فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ناشئة عن الرابطة العقدية الأولى لتأخذ هذه العملية الشكل التالي[3]:




---

[1] - د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 26.

[2] - د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الخامسة، سنة 2003، ص: 9.

[3] - نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، نطاقه – أحكامه، ، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية 2000، ص: 86.

يتضح من تعريف عملية التنازل عن العقد أن محل العقد الأول هو التزام بعمل أو إعطاء شيء أما محل اتفاق التنازل هو التنازل عن العقد الأول.

و بالتالي فإن هناك اختلافا في المحل بين الرابطة العقدية الأولى و العقد اللاحق لها، كما أن التنازل عن العقد يمكن المتنازل من الخروج نهائيا من دائرة التعاقد، لتنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل لديه و التنازل له فيصبح هذا الأخير إما دائنا بالالتزام أو مدينا به بحسب مركز المتنازل له في العقد الأول[1] .

لهذا فإن كل من التعاقد من الباطن و المتنازل عن العقد يسمحان بإحلال الغير محل أحد طرفي العقد، كما يشترك هذين النظامين في وجوب أن يتما أثناء تنفيذ العقد الأول و ليس بعد انتهاء تنفيذه، لهذا فهما يخصان العقود المستمرة فقط[2].

زيادة على ذلك فإنه يجوز أن يرد كل من التنازل عن العقد والعقد من الباطن على جزء من محل العقد الأول أوكله، كأن يتنازل المقاول على الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق أو يتنازل عن كل عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، كما يجوز للمقاول أن يعهد بكل الأعمال الموكلة إليه بموجب عقد المقاولة الأصلية إلى مقاول فرعي أو جزء من هذه الأعمال فقط إذ لم يمنع من ذلك، و يحق كذلك للمستأجر أن يتنازل إلى الغير عن حق الإيجار كله أو بعضه ويتنازل عن العين المؤجرة أو جزء منها وبالنسبة عن كل مدة الإيجار أو لفترة زمنية أقل و يجوز أن يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل.

كما يمكن أن يكون حضر التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن في عقد ذاته أو في حق لاحق، و يكون حضرا مطلقا أو مقيدا فقط بموافقة المتعاقد الأصلي الأول[3].

و إن كان التعاقد من الباطن و التنازل عن العقد يشتركان في بعض المسائل فالاختلاف بينهما كبير سواء من حيث هدف كل واحد منهما أو من حيث الآثار المترتبة عنه.

والحقيقة أن التفرقة بين هذين التصرفين حديثة نسبيا، أملها التعقيد المتزايد للعلاقات داخل المجتمعات المعصرة، إذ أصبح من الضروري تمييز بين الإيجار الفرعي والمقاولة الفرعية و الوكالة من الباطن من جهة، وبين التنازل عن الإيجار و التنازل عن المقاولة و التنازل عن الوكالة من جهة ثانية[4].

---

[1] - Ph. Malaurie et L.Aynes, o p, cit. , N° 694, p : 407.

[2] - نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع ، ص 85.

[3]- د.عبد الناصر توفيق العطار شرح أحكام الإيجار في التقنين المدني و تشريعات ايجار الأماكن، المطبعة العربية الحديثة، طبعة الثالثة، سنة1990، بند 173، ص:654 .

[4]- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو أثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى،سنة2000، ص: 845 .

لكن الخلاف تركز في كيفية التميز أي المعيار الواجب اعتماده في ذلك.

الملاحظ في هذا الصدد أن أغلب مجهودات الفقه للتفرقة بين التعاقد من الباطن و التنازل عن العقد تركزت في نطاق الإيجار، بسبب كثرة حدوثه في الحياة العملية من جهة و أخرى كثرة الدراسات الفقهية المتناولة لهذا العقد، بالإضافة إلى تعرض المشرع لتنازل عن الإيجار والإيجار الفرعي الحال لعقد المقاولة إذ تناول المقاولة الفرعية دون التنازل عن المقاولة نظرا لقلة حدوثها حسب رأي البعض، و حتى و إن وقعت فيكفي تطبيق القواعد المتعلقة بحوالة الحق وحوالة الدين[1].

إلا أن قسم آخر من الفقه اقترح معايير عامة و شاملة للتمييز بين التعاقد من الباطن و التنازل عن العقد تنطبق على كل صوره التطبيقية المتوقعة.

المعيار الأول المقترح هو إرادة المتعاقد في ترك المسرح العقدي أو البقاء فيه، فيكيف تصرف متعاقد ما بأنه تنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن تبعا لموقفه، إما البقاء في دائرة التعاقد أو الخروج منها.

فإذا اختار الاحتفاظ بمركزه في العملية العقدية والبقاء ملتزما بالعقد الذي يربطه بالمتعاقد الأصلي الأول، اعتبر تصرفه تعاقدا من الباطن الهدف منه إحلال الغير إحلالا غير كامل في تنفيذ العقد الأصلي أو نقل المنفعة المقررة فيه.

لكن إذا فضل التخلي نهائيا عن صفته التعاقدية لصالح شخص آخر و الخروج كلية من دائرة التعاقد اعتبر متنازلا عن العقد الذي يربطه بالمتعاقد الأول[2].

أما المعيار الثاني فيكمن في طبيعة العملية القانونية، و مفاده أن تنازل المتعاقد عن مركزه العقدي في الرابطة العقدية يؤدي إلى إنهاء هذه الرابطة و إنشاء علاقة مباشرة و متبادلة بين المتنازل لديه و المتنازل له، فإن وقع تنازل عن عقد المقاولة بجميع ما اشتمل عليه من حقوق و التزامات بين المقاول المتنازل و المقاول المتنازل له و أقره رب العمل، أصبح المقاول المتنازل مدين بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل و دائنا بجميع حقوق المقاول المتنازل، ليختفي هذا الأخير ولا يعود مسؤولا عن المقاول المتنازل له و لا ضامنا له[3] .

في حين أن التعاقد أحد طرفي العقد الأصلي من الباطن مع الغير يؤدي إلى إنشاء علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة دون أن تختلط معها أو تدمج فيها تجمع بين المتعاقد الوسيط و الغير أي المتعاقد من الباطن.

---

[1]- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص: 207

[2]- جاك غستان، المرجع السابق، ص:845/ و في نفس المعنى Jean Néret .الفقرة 57 ص : 51.

[3]- د. عبد الرازق السنهوري ،نفس المرجع ، ص: 208 .

و يترتب على ذلك بقاء الطرف المشترك دائنا كان أو مدينا محتفظا بحقوقه ومتحملا لالتزامات و مسؤولا عن تنفيذها اتجاه المتعاقد الأصلي الأول، و في نفس الوقت يكون دائنا أو مدينا في العقد من الباطن.

أما المتعاقد من الباطن فيظل من الغير بالنسبة للمتعاقد الأصلي الأول ولا وجود لعلاقة عقدية بينهما ولا يسأل أمامه بهذه الصفة[1]، و يكون لكل منهما حق إقامة دعوى غير مباشرة ضد الطرف الأخر، بخلاف التنازل عن العقد إذ لا يمكن للمتنازل لديه أوالتنازل له أن يباشر دعوى فسخ عقد ليس طرفا فيه[2].

## الفقرة الثانية: العقد من الباطن و العقد المشترك

يميز الفقه الفرنسي بين العقد من الباطن و ما يعرف **بالعقد المشترك** أو **le co-contrat** ويتحقق العقد المشترك بموجب اتفاق بين شخص و عدة أشخاص في وقت واحد لتنفيذ أعمال معينة، حيث يقوم إبرام عقود مستقلة مع كل واحد منهم.

فيكون كل متعاقد مرتبط بالطرف الأول بواسطة رابطة عقدية تسمح لأي منهما بالرجوع مباشرة على الآخر.

و قد يرد اتفاق على أن يكون هؤلاء الأشخاص مدينين متضامنين اتجاه المتعاقد معهم، أو يكون كل واحد منهم مسؤولا بصفة شخصية عن العمل المسند إليه.

ومن أمثلة العقود المشتركة عقود التأمين على خطر واحد لدى عدد من المؤمنين أو ما يعرف **la co-assurance** ، وكذلك العقود التي تجمع بين المريض من جهة و الفريق الطبي المكلف بإجراء عملية جراحية له من جهة ثانية إذا ما اختار كل فرد من الأفراد المشكلين لهذا الفريق من طبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدين والممرضين.

أما إذا لم يتعاقد المريض سوى مع الطبيب الجراح و الذي يقوم بدوره بالإختيار الفريق المساعد له، كنا بصدد عقد أصلي مبرم بين المريض و الطبيب الجراح و عقد من الباطن بين الطبيب الجراح و كل عضو من أعضاء فريقه[3].

و مما لا شك فيه أن لهذا التمييز أهمية كبرى خاصة عند تطبيق أحكام المسؤولية، فإذا ما لحق المريض ضرر بسبب طبيب التخدير مثلا حق للمريض في الحالة الأولى مسألة طبيب التخدير مباشرة

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص: 82.

[2] - Ph.Malaurie et L. Aynes, op. cit. ; N° 698, p : 409

[3] - Jean Néret, op. cit. , N° 65 p : 58.

و على أساس المسؤولية العقدية، أما في الحالة الثانية فلا يمكن للمريض مساءلة طبيب التخدير بصفة مباشرة و له أن يقيم دعواه ضد الطبيب الجراح الذي تعاقد معه .

كما يوجود هذا النوع من العقود في مجال مقاولات البناء و التي يقتضي تنفيذ الأعمال بها تعاون العديد من المقاولين و من تخصصات مختلفة لتعرف باسم **عقود المقاولة المشتركة** ( **co-traitance** ) تقوم إلى جانب عقود المقاولة الفرعية، مما قد يحدث لبسا بينهما خاصة إذا ما عين المقاول المكلف بالأعمال الرئيسية كوكيل عن باقي المقاولين ، فيكون بذلك مسؤولا عن التنفيذ الحسن لمجمل الأعمال اتجاه رب العمل،الأمر الذي يقربه من وضعية المقاول الأصلي الذي تعاقد بصفة منفردة مع رب العمل و المسؤول نحوه عن الأعمال المنفذة من المقاولين الفرعيين الذين استعانة بهم.

و الملاحظ أن التشابه بين العقود المشتركة و المجموعة العقدية المؤلفة من العقد الأصلي والعقد من الباطن يكمن أولا في تعدد الأشخاص و العقود في كلتا المجموعتين، وفي الوجود المشترك للعقود أي co-existence بالإضافة إلى اشتراكهما في الغاية و هي تحقيق هدف واحد.

لكن يبقى الاختلاف بينهما جوهري و عميق، ففي العقود المشتركة ينفذ المتعاقدون سوية وعلى قدم المساواة العمل الموكل لكل واحد منهم، و لا يسأل الواحد منهم إلا عن إخلاله بالتزامه ولا يتأثر مركزه بموقف باقي الشركاء إلا إذا كانوا متضامنين أو كان الالتزام غير قابل للانقسام.[1]

كما أن العقود المشتركة تأخذ شكل أفقي كونها عقود مستقلة وقائمة في نفس المستوى و زوال إحدها لا يؤدي إلى زوال باقي العقود .

عكس الحال بالنسبة للمجموعة المكونة من العقد الأصلي و العقد من الباطن، فهي تأخذ شكل عمودي حيث يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي في الوجود و المصير.

زيادة على ذلك فإن غرض المتعاقد الوسيط من التعاقد من الباطن هو إحلال الغير لينوب عنه في تنفيذ العقد الأصلي و يكون بالمقابل مسؤولا عنه مسؤولية أصلية وكاملة إذا ما قصر في أداء التزاماته .

رغم أن هاتين المجموعتين متميزتين إلا أنه قد يحدث تداخل بينهما عندما يقدم أحد طرفي العقد الأصلي على إبرام عدة عقود من الباطن تهدف كلها إلى تحقيق هدف واحد و مشترك بينهما، كأن يتفق رب العمل مع المقاول على إنجاز مشروع ضخم كبناء مجمع سكني أو مركب سياحي، مما يحتم على المقاول التعاقد مع عدد من المقاولين من الباطن للقيام بمختلف الأعمال كالنجارة و الكهرباء.

فمختلف هذه الاتفاقات تكون في مستوى واحد ولها هدف مشترك لهذا تشكل عقود مشتركة وفي ذات الوقت يعتبر كل واحد منها عقدا من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي[2]

---

[1] -Daniel vaux, o p.cit, n°22, P : 8.

[2]- Ph.Malaurie et L. Aynes, op. cit. ; N° 698, p : 409

## المطلب الثاني: نتائج اعتبار المقاولة الفرعية عقدا من الباطن.

رأينا سابقا أن للمقاولة الفرعية مفهوم اقتصادي و آخر قانوني، لهذا السبب يكتسي تكييف هذه العملية أهمية بالغة، فمن خلاله يمكن معرفة النصوص القانونية الواجبة التطبيق، إلا أن التكييف في هذه الحالة يتطلب دقة أكثر فهو لا يخص عقدا واحدا بل عقدين اثنين.

و ظهر من تحليل عقد المقاولة الفرعية وفقا لمفهومه القانوني، أنه عقد من الباطن و يترتب على ذلك عدة نتائج أشار المشرع إلى بعضها فقط، مع أنها نتائج هامة استقر عليها الفقه والقضاء. والتي تتمثل أساسا في وجوب توفر شروط خاصة في عقد المقاولة الفرعية إلى جانب الشروط المقررة في القواعد العامة هذا من جهة، ومن جهة ثانية عدم تأثير عقد المقاولة الفرعية في عقد المقاولة الأصلية، فضلا على اعتبارها طريقة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية،و هو ما سيتوضيح أكثر في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: عقد المقاولة الفرعية يقتضي شروطا الخاصة

حتى يوصف عقد بأنه من عقود المقاولة الفرعية يجب زيادة على الشروط التي تتطلبها القواعد العامة بشأن إبرام العقود، أن تتوفر في هذا العقد شروط خاصة باعتباره عقدا من الباطن و التي أبينها في الفقرات التالية:

#### الفقرة الأولى: وجود عقدين متتابعين

حسب ما تم توضيحه سابقا فإن العقد من الباطن يستعير محله من العقد الأصلي استعارة كلية أو جزئية، مما يترتب عليه تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي من حيث الوجود والنطاق والطبيعة القانونية، وهو نفس الوضع بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية فباعتباره عقدا من الباطن يستعير بدوره محله من عقد المقاولة الأصلية ليصبحا مشتركين في محل واحد.

ويترتب على وحدة المحل بين هذين العقدين وحدة في الطبيعة القانونية، فيكون كلا العقدين عقد مقاولة،بمعنى لا يثبت وصف مقاولة فرعية إلا بوجود عقدي مقاولة متتالين بين ثلاثة أشخاص، فيكون العقد الأصلي عقد مقاولة و يتبعه عقد مقاولة ثاني[1].

---

[1] - Alain Benabent , op.cit , p: 1466

**أولا: اشتراط وجود عقد مقاولة سابق**

أشار المشرع إلى هذا الشرط صراحة في نص المادة **564** من القانون المدني، حيث أوجب لتحقق عملية المقاولة الفرعية من جهة وجود عقد سابق مبرم بين المقاول و رب العمل، و من جهة ثانية أن يكون هذا العقد عقد مقاولة.

و بناءا عليه فإن وجود عقد سابق قائم بين المقاول و رب العمل شرط أساسي لوجود عقد المقاولة الفرعية، فإن تخلف هذا الشرط اعتبر العقد اللاحق عقدا أصليا و ليس عقدا من الباطن، مثلا لو اقتصر التزام المدين في العقد الأول على التعهد بالحصول على موافقة المقاول على التعاقد مع رب العمل فإن هذا الاتفاق لا يعتبر تعاقد من الباطن إنما هو عقد أصلي[1].

و يقتضي وجود عقد المقاولة الفرعية زيادة على وجود عقد سابق له أن يكون هذا العقد عقد مقاولة دون غيره من العقود.

و طبعا هذا الشرط الأولي يخرج من مجال المقاولة الفرعية كل العمليات التي ينطبق عليها المفهوم الاقتصادي للمقاولة الفرعية، لأنها لا تستند إلى عقد سابق يمكن أن يوصف بأنه عقد مقاولة مثل ما هو الحال بالنسبة لعقود مقاولات الفرعية الصناعية.

كذلك يخرج هذا الشرط من مجال المقاولة الفرعية،عمليتين كثيرا ما تحدثان في قطاع البناء، تتعلق الأولى **بالترقية العقارية** و التي يكيفها الفقه عموما بأنها **عقد وكالة ذات منفعة مشتركة** **mandat d'intérêt commun** و التي يتعهد بمقتضاها المتعامل بالترقية العقارية **le promoteur** نحو صاحب العقار بتنفيذ برنامج تشييد مباني معينة مقابل ثمن يتفق عليه، فهذا المتعامل ليس مقاولا و إنما وكيل ينوب رب العمل في إبرام كافة التصرفات القانونية و الإدارية اللازمة لبدء تشييد تلك المنشآت و بيعها كالشراء الأرض و استخراج رخص البناء و اقتراض باسم الموكل ، و شراء المواد..الخ. و نتيجة لذلك فإن المقاولين الذين يلجأ إليهم المتعامل بالترقية العقارية لتنفيذ مهمته ليسوا مقاولين من الباطن لأنه وفقا للتمثيل الحاصل يفترض أنهم مرتبطون مباشرة برب العمل .

بينما تتمثل العملية الثانية في **بيع عقار في طريق الإنجاز ( la vente d'immeuble à construire)** فرغم وجود اتفاق بين البائع و الزبون قبل الشروع في عملية البناء و تعاقده مع المشيدين، إلا أنه لا يمكن أن يوصف هؤلاء بأنهم مقاولون من الباطن، و لا اعتبار مكتسب العقار بأنه رب العمل.[2]

---

[1] - د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 37.

[2] - Alain Benabent , op.cit , p: 1471

و متى وجد العقد الأصلي و كان عقد المقاولة قبل أن يرد عليه تعاقد من باطن، سواء كان محله وارد على شيء مادي كصنع شيء أو تحويله أو صيانته مثل مقاولات البناء و إصلاح الأجهزة والآلات، أو كان محله أداء خدمة أو جهد فكري كأعمال الطب و العلاج و خدمات وكالات السفر أو خدمة الاستشارات القانونية أو المالية أو المحاسبة.

**ثانيا: تميز عقد المقاولة من الباطن بنفس خصائص المقاولة الأصلية**

يتطلب وجود عقد المقاولة الفرعية كذلك وجود عقد من باطن يبرمه المقاول الأصلي مع مقاول آخر ينطبق عليه التعريف الخاص بالمقاولة و يتصف بنفس خصائص هذا العقد، و التي من أهمها أداء المقاول الفرعي للعمل بصفة مستقلة، مقابل أجر يتقاضاه عن هذا الأداء.

و يستنتج هذا الشرط أيضا من النص المادة **564** من القانون المدني، و من التطبيقات القضائية أيضا، فكليهما يعتبران أن المقاول في علاقته مع المقاول الفرعي يأخذ مركز رب العمل[1].

**أ - عقد مقاولة الفرعية عقد رضائي**

يتضح من خلال المادتين **564** و **565** من القانون المدني أن عقد المقاولة الفرعية هو عقد رضائي، أي أنه ينعقد بمجرد تبادل التراضي بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي دون حاجة إلى شكل معين، فيكفي لقيام هذا العقد تقابل إرادتين متطابقتين سواء تم ذلك شفاهة أو كتابة أو حتى بالإشارة الدالة على المعنى المقصود.[2]

ومع ذلك يجوز لطرفي عقد المقاولة الفرعية الاتفاق على إفراغ محتواه في وثيقة يحرران‌ها مثلما هو الحال في عقود المقاولات الكبرى أو تلك المتضمنة لأعمال معقدة، فالعقد في هذه الحالة لا يتم إلا في الشكل المتفق عليه .

أما إذا لم يبين الطرفين هل الشكل المتفق عليه للانعقاد أو للإثبات، فإن الفقه يجمع على اعتبار الشكل مطلوب للإثبات و ليس الانعقاد اعتمادا على أن الأصل في هذا العقد أنه عقد رضائي.

**ب - عقد المقاولة الفرعية من العقود الملزمة للجانبين**

يصنف عقد المقاولة الفرعية ضمن العقود الملزمة للجانبين إذ ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين، فيلتزم المقاول الفرعي بانجاز العمل المطلوب منه بينهما يلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر المستحق عن هذا العمل، فيكون التراضي على عنصرين أساسين : العمل المطلوب من المقاول الفرعي تأدية و الأجر الذي يتعهد المقاول الأصلي بدفعه للطرف الآخر .

---

[1]- د. السنهوري، المرجع السابق، ص:232.

[2]- أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:12

فالتزامات في عقد المقاولة الفرعية تتقابل و يتوقف كل منهما على الآخر، لهذا يترتب على هذه الخاصية التبادلية نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ و الدفع بعدم التنفيذ و تبعة الهلاك[1] .

### ج- استقلالية المقاول الفرعي عن المقاول الأصلي

تعتبر هذه الخاصية من أهم الخصائص التي تميز عقد المقاولة سواء كان أصليا أو فرعيا لدرجة أن بعض تشريعات تشترط ذلك صراحة عند تعريفها لهذا العقد.

فالمقاول الفرعي و هو ينفذ العمل إنما يفعل ذلك باسمه الخاص و مستقلا غير خاضع لإشراف إداري أو فني للمقاول الأصلي أو رب العمل الحقيقي.

غير أن هذه الاستقلالية المقاول الفرعي في أداء عمله لا تمنع أن تعطى له بعض التعليمات، فهو ينفذ العمل وفق التصميم المقدم له، كما أنه من حق المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول الفرعي مراقبة حسن سير العمل و لفت انتباهه إلى أي مخالفة يسجلها في طريقة التنفيذ .

وتقدير مدى توافر هذه الاستقلالية من عدمها هي مسألة واقع يختص قاضي الموضوع بتقديرها، فإن ثبت لديه وجود تبعية في أداء المقاول الفرعي للعمل كيف العقد القائم على أنه عقد عمل و ليس عقد مقاولة، لأن الفرق بين هذين العقدين يكمن في كيفية أداء العمل .

### د- عقد المقاولة الفرعية عقد معاوضة

يوصف عقد المقاولة الفرعية بأنه من عقود المعاوضة إذ يأخذ فيه كل طرف مقابلا لما أعطاه، فالمقاول الفرعي يؤدي العمل المطلوب منه مقابل الأجر الذي يحصل عليه من المقاول، فلا وجود لعقد مقاولة بدون عوض أو تبرعي، فالالتزام المالي للمقاول الأصلي عنصر إلى جانب العناصر الأخرى التي تميز عقد المقاولة عن غيره في العقود و تحدد طبيعته بحيث يسمح بإضفاء صفة المعارضة على هذا العقد التي لا يقوم بدونها.

### ه - عقد المقاولة الفرعية من العقود التي ترد على العمل

إن الأداء الأساسي المطلوب من المقاول الفرعي هو القيام بعمل معين، غير أن هذا الالتزام الرئيسي لا يرد على العمل في ذاته مثل ما هو الحال في عقد العمل إنما يرد على العمل باعتباره نتيجة، يؤديه بصفة مستقلة إما بنفسه أو بواسطة غيره عن طريق إبرام عقد مقاولة ثاني من الباطن إذا لم يمنع من ذلك[2] .

---

[1] - د. عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق،ص:17

[2] - أ. نعيم مغبغب ، عقود البناء و الأشغال الخاصة و الأشغال العامة، دون ذكر دار النشر، سنة 1997، ص: 16.

**الفقرة الثانية : اشتراط تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية**

إن وجود عقدي مقاولة متتابعين لا يكفي وحده حتى تكيف العملية بأنها مقاولة فرعية، إنما يشترط كذلك أن يتبع عقد مقاولة من الباطن عقد المقاولة الأصلي.

و تتحقق هذه التبعية من خلال عدة عوامل، كما يترتب عنها نتائج أبينها في الأتي:

**أولا: أسباب التبعية بين العقدين**

تتحقق التبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية بفضل عدة عوامل مجتمعة، تتمثل بداية في وحدة المحل و الطبيعة القانونية بين العقدين.

فالمحل في عقد المقاولة يتضمن العمل الذي يلتزم المقاول بتقديمه لرب العمل و الأجر الذي يلتزم هذا الأخير بدفعه للمقاول.

وهذا العمل سواء كان فكريا أو ماديا و سواء كان متصلا بشيء معين أو غير متصل به، فإن للمقاول أن يكل تنفيذه لمقاول أخر عن طريق التعاقد معه من الباطن ما لم يوجد طبعا ما يمنعه من ذلك،[1]و من ثمة تتحقق وحدة العمل بين العقدين حتى ولو تعلقت المقاولة الفرعية بجزء من الأعمال الواردة في عقد المقاولة الأصلية.

كما تجد التبعية مصدرها كذلك في بقاء المقاول الأصلي كطرف مشترك بين هذين العقدين، والذي يظل مسؤولا عن تنفيذ عقد المقاولة الأصلي اتجاه رب العمل.

و أخيرا تتحقق التبعية من خلال وجوب انعدام لأي علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل و المقاول الفرعي، لأنه إذا وجدت هذه العلاقة كنا أمام حالة تعدد مقاولين أصليين حتى و لو تم التنسيق بين عمل هؤلاء و حتى لو نبع هذا التنسيق من داخلهم كما هو الحال في عمل الفريق[2].

**ثانيا: نتائج التبعية**

يترتب على تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية نتائج هامة استقر عليها الفقه والقضاء تتمثل فيما يلي:

---

[1]- د. عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق،ص:15

[2]- د. مصطفى عبد السيد جارحي ، المرجع السابق ، ص: 39

### أ- التشابه من حيث المراكز القانونية

إن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي هي علاقة رب العمل بالمقاول بمعنى أن المقاول الأصلي يعتبر رب العمل بالنسبة للمقاول الفرعي، لهذا السبب تتشابه حقوق و التزامات طرفي عقد المقاولة الفرعية مع حقوق و التزامات طرفي عقد المقاولة الأصلية.

إلا أن هذا التشابه لا يعني أنها ذاتها فهذا لا يتأتى إلا عن طريق حوالة العقد، و لا يعني أيضا أنه تشابه تام لأنه بالرغم من تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية و فرضها قيودا جديدة تضاف إلى القيود العامة التي تضبط حرية التعاقد، إلا أن عقد المقاولة الفرعية يبقى يتمتع بجانب من الاستقلالية تجعل من أطرافه أحرارا في تحديد مضمون عقدهم.

### ب- نطاق عقد المقاولة الفرعية محدد بمحتوى عقد المقاولة الأصلية

بالرغم من سماح رب العمل للمقاول الأصلي بأن يقاول من الباطن، إلا أن تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية تقتضي أن يكون محتوى عقد المقاولة الفرعية مقيد بمحتوى عقد المقاولة الأصلية. لكن لا يقصد بذلك أنه يجب أن يكون العقدان متطابقان، إنما لا يجوز أن يكون محل عقد المقاولة الفرعية أوسع نطاقا من محل عقد المقاولة الأصلية.

فإن كان يجوز للمقاول الأصلي أن يكل تنفيذ جميع الأعمال المنوطة به في عقد المقاولة الأصلية إلى مقاول فرعي أو عدة مقاولين فرعيين فتتناول بذلك المقاولة الفرعية كل موضوع المقاولة الأصلية، إلا أنه لا يصح أن يتعدى سقف هذا العقد و تتجاوز الأعمال المسندة للمقاول الفرعي تلك المحددة في عقد المقاولة الأصلي، لهذا السبب يعتبر هذا الأخير الحد الأقصى لما يجوز أن يتفق عليه أطراف عقد المقاولة الفرعية.

و هذه القاعدة لا تخص فقط محل عقد المقاولة الفرعية إنما تمدد كذلك إلى شروط المرتبطة بالمحل والواردة في عقد المقاولة الأصلية و المتعلقة بتعين الأعمال و طريقة تنفيذها، فإن كل من المقاول الأصلي و المقاول الفرعي ملزمان بالتقيد بهذه الشروط و تنفيذ هذه الأعمال وفقا لما هو وارد في عقد المقاولة الأصلية.

أما باقي المسائل غير مرتبطة بالمحل فللمقاول الأصلي و المقاول الفرعي كامل الحرية في تحديدها بعيدا عما ورد في عقد المقاولة الأصلية كالاتفاق على الأجر و طريقة دفعه، إذ يمكن لهما أن يتفقا مثلا على أن يكون الأجر جزافي و يدفع مرة واحدة، بينما يكون الأجر في العقد الأصلي مقدرا على أساس المقايسة.

كذلك الحال بالنسبة لتسليم المقاول الفرعي الأعمال فيكون مستقلا عن تسليم المقاول الأصلي اللاحق له.

و قد قدمت عدة تبريرات لهذه القاعدة فجانب من الفقه أرجعها إلى وحدة المحل بين عقدي المقاولة الفرعية و المقاولة الأصلية و جانب آخر قال بتبعية الفرع لأصل، بينما تبريرها القضاء الفرنسي بقاعدة عامة مفادها بأنه ليس للشخص أن ينقل إلى غيره حقوقا أكثر مما يملك.1

كما تقتضي هذه القاعدة أن الالتزامات في عقد المقاولة الفرعية تحدد تبعا لطبيعة الالتزامات في عقد المقاولة الأصلية، فان كان التزام المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلية بتحقيق نتيجة كان التزام المقاول الفرعي كذلك التزام بتحقيق نتيجة ، مثلا إذا تعهد الجراح بتقديم دم للمريض أثناء عملية جراحية فإنه ملزم بتحقيق نتيجة و هي تقديم دم سليم و مطابق لفصيلة دم المريض، معتمدا في تنفيذ هذا الالتزام على مخبر التحاليل الذي يلتزم هو الآخر بتقديم دم سليم و مطابق لفصيلة دم المريض.

أما إذا كان التزام المقاول الأصلي اتجاه رب العمل التزاما ببذل عناية، فهل يجوز للمقاول الأصلي أن يشترط على المقاول الفرعي أن يحقق نتيجة؟

لم تتناول الدراسات المطلع عليها هذه المسألة، الأمر الذي يفتح مجال للبحث فيها على ضوء ما قررته القواعد العامة للإتزامات .

**ج- حق المقاول الفرعي في اللجوء إلى المقاولة من الباطن**

يترتب على وحدة المحل و الطبيعة القانونية بين عقدي المقاولة الأصلية والمقاولة الفرعية حق المقاول الفرعي في أن يقاول من الباطن مرة أخرى إذا لم يوجد ما يمنعه من ذلك كأن يتضمن عقد المقاولة الفرعية شرطا مانعا، أما إذا كان جوازها مقيدا بشروط وجب على المقاول الفرعي مراعاة هذه القيود، ومتى تم ذلك أصبح عقد المقاولة الفرعية هو العقد الأصلي بالنسبة للمقاول الفرعي الثاني.

**د- عقد المقاولة الفرعية يتبع عقد المقاولة الأصلية من حيث المصير**

رأينا سابقا أن العقد من الباطن يتبع مصير العقد الأصلي فان انقضى هذا الأخير لأي سبب انقضى العقد من الباطن تلقائيا نتيجة لوحدة المحل بينهما[2].

أما بالنسبة لمصير عقد المقاولة الفرعية بعد انقضاء عقد المقاولة الأصلية، فالملاحظ أنه لا النصوص التشريعية ولا الدراسات الفقهية المطلع عليها تناولت هذه المسالة.

لكن استنادا إلى كون المقاولة الفرعية صورة للعقد من الباطن و بالقياس على مصير هذا العقد عند انقضاء العقد الأصلي، فإن انقضى عقد المقاولة الأصلية لأي سبب من الأسباب كبطلان العقد أو

---

[1] - Jean Néret, op. cit, N° 176 p : 142 et suite.

[2] - Néret, op.cit, N°169, p : 134

فسخه بالتراضي أو عن طريق القضاء أو لحقه انفساخ أدى ذلك إلى انقضاء عقد المقاولة الفرعية لاستحالة التنفيذ أو مواصلته.

أما في غير هذه الحالة توجب على طرفي عقد مقاولة الفرعية اللجوء إلى القضاء و طلب فسخ لاستحالة التنفيذ و لطرف المتضرر الحق في التعويض طبقا لما تقتضي به القواعد العامة. و بمجرد انقضاء عقد المقاولة الأصلية يجب على المقاول الفرعي أن يترك موقع العمل، إذ يعتبر بقاءه في الأماكن عندئذ بدون سند و لا مبرر يحتج به على رب العمل[1].

لكن هذا لا يمنع رب العمل من تعاقد مجددا و بصفة مباشرة مع المقاول الفرعي لتكملة الأشغال المتبقية، فيكون بذلك ميلاد عقد مقاولة أصلي و جديد بين رب العمل و هذا المقاول مستقل ومتميز عن العقدين السابقين.

**الفقرة الثالثة: قبول رب العمل للمقاولة الفرعية**

قبول رب العمل للمقاولة الفرعية شرط يضاف إلى الشروط المبين سابقا حتى تتحقق. و الحقيقة أن هذا الشرط مرتبط بطبيعة التعامل و الشروط المتفق عليها، و من ثمة فقد يمنع أحد هذين العنصرين أو كليهما إتمام الاتفاق بشأن المقاولة من الباطن.

فحسب ما أودته الفقرة الأولى من المادة **564** من القانون المدني فإنه يجوز للمقاول أن يعهد بالعمل لغيره من المقاولين عن طريق مقاولة من الباطن ما عدا في حالتين اثنتين.

و هذا ما يفيد أن الأصل في نظر المشرع الجزائري هو جواز المقاولة الفرعية، أي أنه يحق للمقاول اللجوء إلى مقاول آخر لينفذ بدلا عنه كل الإلتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلية أو جزء منها دون اشتراط حصوله على موافقة صريحة من رب العمل.

إن ما قررته هذه المادة جاء منسجم مع ماهو وارد في القواعد العامة، فالمادة **169** من القانون المدني تجيز أن يأتي الوفاء من غير المدين و ليس للدائن الاعتراض على ذلك إلا إذا استوجبت طبيعة الالتزامات أو اتفق المتعاقدان على ضرورة أن ينفذ المدين التزامه بنفسه.

و يسوق الفقه القائل بأن الأصل هو جواز المقاولة الفرعية عدة مبررات أهمها حرية التعاقد باعتباره مبدأ عام لا يجوز الخروج عنه إلا في حالات معينة، بالإضافة إلى أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار عند رب العمل فالمهم عند هذا الأخير هو العمل المؤدى و أن استعانة المقاول بالبدلاء عنه لا تختلف من وجهة نظر رب العمل عن الاستعانته بعمال أو مساعدين، و بغض النظر عن طبيعة

---

[1]- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:m10 .

العلاقة بينهم و بين المقاول، إذ يبقى هذا الأخير في جميع الحالات مسؤولا أمام رب العمل عن تنفيذ عقد المقاولة الأصلية[1].

و مع ذلك فإن اللجوء الى المقاولة الفرعية ليس حقا مكتسب للمقاول الفرعي إذ يمنع منها كاستثناء من هذا الأصل في الحالتين التاليتين :

**الحالة الأولى: طبيعة العمل تقتضي أن يتم التنفيذ من المقاول شخصيا**

تتحقق هذه الحالة عندما يتبين من الاتفاق أن طبيعة العمل المطلوب من المقاول قد عهد إليه بسبب كفاءاته و خبرته و سمعته، فتكون بذلك شخصية المقاول عنصرا جوهريا في عقد المقاولة الأصلية، ليدرج هذا الأخير ضمن العقود القائمة على الاعتبار الشخصي بطبيعتها.

و من ثمة يتحتم على المقاول انجاز العمل بنفسه و لا يجوز له أن يعهد به إلى مقاول آخر و لو لم يرد شرط صريح في عقد المقاولة يمنعه من ذلك، لأن النص أعلاه أورد لفظ "او" و هو لتخيير، مما يعني أن المشرع لم يشترط سوى أحد السببين ليتحقق المنع[2].

فلو تعاقد شخص مع رسام ليرسم له لوحة فنية، فيفترض في هذه الحالة أن نية المتعاقد انصرفت إلى قيام الرسام بالعمل بنفسه، و بالتالي لا يجوز له أن يعهد بالعمل إلى رسام آخر، كما لا يجوز للطبيب الجراح أن ينيب طبيبا آخر ليتولى إجراء عملية جراحية لمريض دون علم هذا الأخير و رضاه.

عكس الحال عندما يكون العمل المعهود إلى المقاول هو بناء منزل فطبيعة هذا العمل لا تستوجب قيامه بالذات بهذا العمل، بل يستطيع أي مقاول تولي هذه المهمة.

و يفترض أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار عند رب العمل، و إذا ادعى خلاف ذلك فعليه عبأ إثبات ما يدعيه، أي يثبت أن شخصية المقاول كانت محل اعتبار عند تعاقده معه.

كما يجب عند بحث الاعتبار الشخصي المانع من الاستعانة بالمقاول الفرعي دراسة كل حالة على حدى، واعتماد التفسير الضيق لإرادة المتعاقدين و الأخذ بما هو متعارف عليه في المعاملات حتى يتبين أن تفضيل رب العمل للمقاول كان بناء على ما يتمتع به من صفات شخصية كالخبرة و الكفاءة و مهارة ينفرد به عن غيره و تجعله حائزا على ثقة خاصة. و من ثمة كان اختياره للمقاول بذاته أمرا جوهريا و من غير الجائزلهذا الأخير لجوءه لمقاول فرعي دون رضى رب العمل[3].

---

[1] - مصطفى عبد السيد الجارحي،نفس المرجع ، ص:14

[2] -أ. أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الإسكندرية، منشاة المعارف، 2003، ص : 103.

[3] -د. محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، 1977، ص: 246

### الحالة الثانية: وجود الشرط المانع للمقاولة الفرعية

من البديهي القول بأن المقاولة الفرعية تمنع إذا ما وجود شرط في العقد الأصلي يمنعها، لكن ماذا لو لم يحترم المقاول الأصلي هذا الشرط المانع و قاول من الباطن العمل المسند إليه ؟ و ماهو مصير عقد المقاولة الفرعية ؟

#### أ- الشرط المانع للمقاولة من الباطن

يقصد بالشرط المانع من المقاولة الفرعية اتفاق رب العمل و المقاول في عقد المقاولة على عدم جواز المقاولة من الباطن.

ويأتي الشرط المنع في صورة حضر صريح و أحيانا في صورة تعهد المقاول بتنفيذ التزامه شخصيا، و أحيان أخرى يرد في صورة أخف فيكون مقيدا فقط، كتعليق استعمال هذا الحق على تحقق شرط معين، كالحصول على موافقة كتابية من رب العمل على المقاولة من الباطن أو موافقته على شخص المقاول الفرعي.

و اتفاق رب العمل و المقاول على هذا الشرط معناه أن نيتهما اتجهت إلى جعل العقد القائم بينهما عقدا قائما على الاعتبار الشخصي بناءا على إرادة طرفيه.

والملاحظ أن النص المادة **564** من القانون المدني أشار إلى حالة الشرط الوارد في العقد، مما يفتح مجال للتساؤل هل من الجائز أن يقع المنع بعد إبرام عقد المقاولة عن طريق اتفاق لاحق بين رب العمل و المقاول ؟

اختلاف الفقه في هذه المسألة فالبعض يجيز ذلك و لا يرى أي مانع من اشتراط رب العمل على المقاول منع المقاولة من الباطن في اتفاق لاحق لعقد المقاولة باعتباره تعديل لهذا الأخير[1].

بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه من الضروري أن يأتي المنع في ذات العقد، لأن هذا الأخير ما كان ليتم لو لا قبول المقاول بالشرط المانع، وأن التزمه بعدم مقاولة من الباطن كان رغبة منه في اتمام الصفقة و ابرام عقد المقاولة.

أما إذا ورد المنع في اتفاق لاحق لعقد المقاولة، اعتبر التزم المقاول بدون سبب و يقع باطلا.[2]

يظهر أن الرأي الأخير أقرب إلى الصواب لأنه زيادة على التبرير المقدم له، فإن النص ذاته واضح إذ ينص صراحة على الشرط الوارد في العقد، و أن نية المشرع ذهبت في هذا الاتجاه و إلا

---

[1] - د. عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق،ص:93

[2] -د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:16

لما أكد المشرع على أن الأمر يتعلق بالشرط الوارد في العقد، واكتفى بالنص فقط على الشرط المانع من المقاولة الفرعية.

وسواء كان الاتفاق مانعا للمقاولة الفرعية أو مقيدا لها فإنه وارد خلافا للأصل، لهذا وجب أن يكون واضحا لا لبس فيه. لكن هذا لا يعني أنه يشترط فيه أن يكون صريحا، بل يجوز أن يكون ضمنيا إذ أمكن استخلاصه من ظروف التعاقد على وجه لا يدع مجالا للشك فيه.

لكن ماذا لو قام شك حول وجود شرط مانع ضمني؟ بمعنى ثار شك حول ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار عند رب العمل أم أنها ليست كذلك؟

أمام سكوت أغلب التشريعات عن التعرض لهذه المسالة، انقسم الفقه بين قائل بوجوب تفسير الشك في معنى المنع فيحرم على المقاول اللجوء إلى المقاولة الفرعية إلا إذا أذن له رب العمل و على رأسهم الأستاذ السنهوري مستندا في ذلك بما جاء في المذكرة الإضافية للقانون المدني المصري[1].

أما الجانب الآخر فيرى أنه عند الشك يجب الرجوع إلى الأصل و هو جواز المقاولة الفرعية و أن المنع شرط وارد خلافا للأصل، لا يجوز التوسع في تفسيره و إنما يجب تحديد معناه طبقا لقواعد التفسير، و الالتزام بالمعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فهذه القواعد و خاصة المادة **112** من القانون المدني تقضي أن يفسر الشك لصالح المدين و المدين في عقد المقاولة هو المقاول و ما يضره حرمانه من المقاولة الفرعية.[2]

إن ما جاء به أصحاب الرأي الثاني يتوافق أكثر مع التحليل القانوني السليم، فلا يجوز استبعاد نصوص قانونية والاعتماد على مذكرة إضافية، فطالما أن المسألة تتعلق بتفسير إرادة المتعاقدين، فيجب لتحديد معنى الشرط المانع الرجوع لقواعد التفسير التي تستوجب الأخذ بعين الاعتبار النية المشتركة للمتعاقدين و طبيعة التعامل والعرف الجاري في مثل هذه المعاملات.

وبطبيعة الحال فان وجود الشرط المانع سواء كان صريحا أو ضمنيا، لا يحرم المقاول من الاستعانة بشخص آخر يستخدمه لتنفيذ العمل ما دام ليس بمقاول فرعي، إنما مجرد عامل يؤدي عمله تحت إشراف المقاول ورقابته.

و الشرط المانع من المقاولة الفرعية مقرر لفائدة رب العمل لوحده، أما المقاول الأصلي فلا يجوز له التمسك بهذا الشرط ضد المقاول الفرعي.[3]

كما لا يجوز للمقاول الأصلي اللجوء إلى القضاء لإثبات أن منعه من المقاولة الفرعية لا يستند إلى مبررات معقولة، و أن رب العمل متعسف في استعمال حقه في المنع، بسبب أن رخصة التعاقد

---

[1] - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص:209

[2] -د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:32

[3]- أنور طلبة، المرجع السابق، ص: 293.

من الباطن ليست من النظام العام. فيجب على القاضي تطبيق هذا الشرط دون البحث إذا ما كان لرب العمل ما يبرر تمسكه به، أو ما إذا كانت للمقاول مصلحة جدية في اللجوء إلى المقاولة من الباطن[1].

وعلى هذا الأساس يحق لرب العمل باعتباره صاحب المصلحة التنازل عن الشرط المانع صراحة أو ضمنيا، كأن يتعامل رب العمل مع المقاول الفرعي أو يعطيه أجره. و باعتبار التنازل واقعة مادية يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن.

ومتى تنازل رب العمل عن الشرط المانع اعتبر ذلك تعديل لشروط عقد المقاولة الأصلي، و ليس له بعد ذلك الرجوع عن تنازله أو التعديل فيه بإرادته المنفردة، بل وجب عليه التقيد به و تنفيذه ويرتب تنازل كافة آثاره سواء حصل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد ارتكابها ، فيسترد بذلك المقاول رخصة المقاولة من الباطن في الحدود المرخص بها[2].

لكن هناك بعض العقود رغم أنها قائمة على الاعتبار الشخصي إلا أنها تقبل التعاقد من الباطن فكيف يفسر ذلك ؟

يبرر الفقه جواز التعاقد من الباطن في مثل هذه العقود، بأن تخلف الشرط المانع من التعاقد كاف لجواز هذا التعاقد، لأنه في بعض الأحيان يكون من الضروري لجوء المقاول إلى الغير لتنفيذ التزامه، حتى و لو كان ناشأ عن عقد قائم على الاعتبار الشخصي مثل ما هو الحال في مقاولات البناء حيث أن طبيعة الأشغال في هذه العقود تفرض على المقاول اللجوء الى مقاولين من الباطن كل في مجال تختصصه.

كذلك يكون التعاقد من الباطن جائزا متى استحال على المدين تنفيذ العقد لوحده واحتاج في تنفيذه الى الغير، كأن يكون جزء من العمل المعهود إليه لا يدخل ضمن اختصاصه كما لو تكفل محام بالقيام بكل إجراءات القضية لفائدة موكله و لجأ إلى محضر قضائي لتبليغ عريضة الدعوى.

**ب - جزاء الإخلال بالشرط المانع:**

إذا أوكل المقاول غيره في تنفيذ عقد المقاولة بالرغم من وجود شرط مانع، فإن مخالفة هذا الشرط لا تمنع من انعقاد عقد المقاولة الفرعية و ترتيب آثاره بين طرفيه المقاول الأصلي و المقاول الفرعي. غاية ما في الأمر أن هذا التصرف لا يكون نافذا في حق رب العمل، فيجوز لهذا الأخير أن لا يعترف بالمقاول الفرعي و أن لا يمكنه من القيام بعمله، عندئذ لا يكون للمقاول الفرعي سوى الرجوع على المقاول الأصلي بتعويض الأضرار التي إصابته جراء عدم تنفيذه لعقد المقاولة الفرعية.

[1] - Néret, op.cit, N°84, p : 72

[2]- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ، ص: 210

أما بالنسبة للعلاقة بين رب العمل و بين المقاول الأصلي، فيعتبر هذا الأخير مخالفا بأحكام عقد المقاولة ومخلا بالتزامه بالامتناع عن المقاولة من الباطن، مما يستوجب توقيع الجزاء الذي تقضي به القواعد العامة في هذه الحالة ، فيجوز لرب العمل مطالبة المقاول بالتنفيذ الشخصي أو فسخ عقد المقاولة ، و إن كانت المحكمة غير ملزمة باستجابة لطلب الفسخ و تكتفي بالأمر بالتنفيذ العيني، و في كلتا الحالتين لرب العمل حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه[1].

**الفرع الثاني: المقاولة الفرعية وسيلة تنفيذ**

اشترطت المادة **564** من القانون المدني على المقاول حتى يكل تنفيذ العمل في مجمله أو في جزء منه إلى المقاول الفرعي، غياب ما يمنعه من ذلك في العقد الأصلي أو أن لا تكون طبيعة العمل تقتضي الاعتماد على كفاءته الشخصية، مما يبين أن عقد المقاولة الفرعية لا يستعير محله فقط من عقد المقاولة الأصلية، إنما يستعير منه كذلك الغاية ليشتركا أيضا في السبب أي انجاز العمل أو تنفيذه.

من هنا اعتبرت المقاولة الفرعية وسيلة تنفيذ عقد المقاولة الأصلية و مع ذلك لا يأثر عقد المقاولة الفرعية في هذا الأخير، و هو ما سيتم بيانه في الفقرتين التاليتين:

**الفقرة أولى: المقاولة الفرعية طريقة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية**

يتضح من النص أعلاه أن سبب لجوء المقاول الأصلي للمقاولة من الباطن هو سعيه لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، لهذا السبب تعتبر المقاولة الفرعية أحيانا وسيلة تنفيذ عادية و في حالات أخرى وسيلة غير عادية له، حسب ما يتضح مما يلي:

**أولا: المقاولة الفرعية طريق عادي للتنفيذ**

يسعى المقاول إلى ترضية رب العمل و الوفاء بما تعهد به له بموجب عقد المقاولة الأصلية، وفي سبيل ذلك يبرم عقدا ثانيا من الباطن و يدخل شخصا ثالثا لينيبه في تنفيذ الإلتزام بعمل الملقى على عاتقه بصفة كلية أو جزئية، مما يجعل الهدف من إبرام عقد المقاولة الفرعية هو تنفيذ عقد المقاولة الأصلية، خاصة و أن المقاول الفرعي هو المنفذ الحقيقي للعمل سواء تولى تنفيذ كل العمل أو بعضه.

ومن ثمة تعتبر المقاولة الفرعية من جهة طريق لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، و من جهة ثانية طريق عادي للتنفيذ إذا تبين أن طبيعة العمل المتفق عليه لا تقتضي أن ينفذه المقاول شخصيا و بنفسه، أو أن طرفي عقد المقاولة الأصلية لم يتفقا على ضرورة ذلك.

[1]- أنور طلبة، المرجع السابق، ص: 297.

و على اعتبار أن عقد المقاولة الأصلي غير قائم على الاعتبار الشخصي، فمن الجاز أن يأتي الوفاء فيه من غير المقاول و ليس لرب العمل أن يعترض على ذلك، مثل ما هو الحال في عقد النقل حيث يلتزم الناقل بنقل الأشخاص أو الأشياء من مكان إلى آخر، و بالتالي يمكنه إنابة غيره في تنفيذ هذا الالتزام و لا يهم المتعاقد معه من هو المنفذ طالما تحققت النتيجة المرجوة .

**ثانيا: المقاولة الفرعية طريق غير عادي للتنفيذ**

إن كان يظهر من نص المادة أعلاه أن المقاولة الفرعية هي طريق لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، يظهر كذلك أنها قد تكون طريق غير عادي للتنفيذ، لأن جواز اللجوء إلى المقاولة من الباطن متوقف من جهة على طبيعة العمل محل عقد المقاولة الأصلية[1]، و من جهة ثانية على انعدام الشرط المانع منها.

فإذا اختار رب العمل المتعاقد معه بناء على صفاته و مؤهلاته الشخصية أو اشترط عليه استبعاد المقاولة من الباطن لارتباط هذا البند مثلا بالشروط الواردة في عقد تأمين على المسؤولية المبرم بين المقاول الأصلي وشركة التأمين و التي تستبعد من الضمان الأعمال المنفذ من قبل المقاولين الفرعيين، فيكون من الطبيعي أن يمنع رب العمل المقاول الأصلي من اللجوء إلى مقاولين فرعيين حتى يستفيد من تغطية شاملة من شركة التامين على مسؤولية المتعاقد معه[2].

في هذه الحالة فيعتبر العقد المبرم بين رب العمل و المقاول عقدا قائما على الاعتبار الشخصي، و يترتب على ذلك إلزام المقاول بتنفيذ الإتزامات المتولدة عن العقد شخصيا و بنفسه، و لا يجوز له التنازل عنها للغير، و لا تعاقد بشأنها من الباطن إعمالا لمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد المنصوص عنه في المادة **169** من القانون المدني.

ومع ذلك توجد عقود مقاولة تندرج ضمن العقود القائمة على الاعتبار الشخصي و مع ذلك جرى العرف على جواز المقاولة من الباطن فيها كعقود مقاولات البناء، كون طبيعة هذه العقود تهدف إلى تنفيذ مشروعات ضخمة و معقدة لا يستطيع مقاول وحيد القيام بها ،إنما تتطلب تضافر جهود العديد من المتخصصين، كل في مجاله لتتم هذه الأعمال على أكمل وجه.

ففي سبيل تنفيذ المشروع يمكن لرب العمل إما أن يبرم عدة عقود مع عدد من المقاولين ، الأمر الذي يكلفه الكثير من الوقت والجهد كما يجد نفسه في مواجهة عدة مسؤوليات مختلفة . و إما أن يتعاقد مع مقاول واحد كبير يكون مسؤولا أمامه مسؤولية كاملة عن توجيه و تنفيذ المشروع مع منحه حق التعاقد من الباطن، فيلجأ هذا المقاول إلى التعاقد مع عدد من المقاولين من الباطن للقيام بمختلف الأعمال التي تتطلب مهارات و خبرات خاصة.

---

[1] -Néret, op. , cit. , p : 169 N° 134.

[2] - Alain Benabent, op, cit, p : 1474

والأكيد أن إختيار رب العمل للطريق الثاني يكون أصلح له كونه يسمح باسناد الأعمال إلى أشخاص متخصصين و ذو خبرة و دراية بمجالات تخصصاتهم.

لهذا السبب أصبح التعاقد من الباطن الأسلوب الأمثل لتنفيذ هذه العقود وفقا لتطورات اقتصادية وفنية، مما جعل المقاولة الفرعية الطريق العادي للتنفيذ في مثل هذه الحالات.

ونتيجة لذلك فإن تنفيذ العمل من قبل المقاول الفرعي يؤدي الى انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء، و لا يمكن لرب العمل أن يرفض هذا الوفاء إلا إذا لحقه ضرر جراء ذلك أو إذا تم على نحو مخالف لما اتفق عليه.

عندما يكل المقاول الأصلي إلى المقاول الفرعي مجمل الالتزام الملقى على عاتقه بموجب عقد المقاولة الأصلية- أي تناولت المقاولة الفرعية كل موضوع مقاولة الأصلية- و قام المقاول الفرعي بتنفيذ التزامه قبل المقاول الأصلي اعتبر هذا الأخير قد نفذ التزامه قبل رب العمل في نفس الوقت، و انقضى الالتزامين معا التزام المقاول الفرعي اتجاه المقاول الأصلي و التزام المقاول الأصلي اتجاه رب العمل[1].

**الفقرة الثانية: وجود عقد المقاولة الفرعية لا يؤثر في عقد المقاولة الأصلية.**

لا يتأثر عقد المقاولة الأصلية بوجود عقد المقاولة الفرعية، و السبب في ذلك أن التبعية تثبت للعقد من الباطن و ليس للعقد الأصلي، أي أن عقد المقاولة الفرعية هو الذي يتبع عقد المقاولة الأصلي و ليس العكس.

و من ثمة فإن عقد المقاولة الأصلية ينشئ روابط عقدية مباشرة بين طرفيه، و يبقى منظما للعلاقة بين رب العمل و المقاول الأصلي دون سواه، ويظل مركز الطرفين في العقد قائما ولا يتأثر بوجود عقد من الدرجة الثانية و يتجلى عدم التأثر هذا من خلال أمرين اثنين:

**أولا: وجود عقد المقاولة الفرعية لا يعفي المقاول الأصلي من التزاماته نحو رب العمل**

نصت بعض التشريعات صراحة على هذه النتيجة المنطقية للتعاقد من الباطن[2]، فبالرغم من إبرام المقاول الأصلي لعقد مقاولة من الباطن و إدخاله لشخص ثالث في العملية المسندة إليه، إلا أنه يبقى ملزما نحو رب العمل بتنفيذ عقد المقاولة الأصلي وكأن المقاول الفرعي غير موجود.

---

[1] -د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:87

[2] - نص القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة صراحة على هذه النتيجة في الفقرة2 من المادة 681: " ولا تؤثر المقاولة من الباطن في التزامات المقاول الأصلي قبل رب العمل، كما يسال قبله عن أعمال المقاول من الباطن".

فالعقد الأصلي لا يلزم بآثاره سوى طرفاه و من بعدهما الخاف الخاص و العام لكل منهما طبقا لما يقضي به مبدأ نسبية العقود. إذ يبقى المقاول الأصلي ملزما اتجاه رب العمل بكل الإلتزامات المتولدة عن عقد المقاولة الأصلية من انجاز العمل و تسليمه وفقا لما اتفق عليه في هذا العقد، و إلا كان مسؤولا عن أي عيب في تنفيذ الأعمال أو تقصير منه مسؤولية عقدية على أساس العقد القائم بينها[1].

بالإضافة إلى ذلك فإن وجود عقد المقاولة الفرعية لا يعني أن هناك تجديد بتغيير المدين أو إنابة أو إبراء للمقاول الأصلي من الدين الذي عليه للمقاول الفرعي[2].

فالمقاول الذي يقاول جزء من الأعمال المسندة إليه بموجب عقد المقاولة الأصلية أو كلها لا يقصد من تصرفه هذا التخلي عن العلاقة العقدية القائمة بينه و بين رب العمل، أو التنصل من التزاماته نحوه مثل ما هو الحال بالنسبة للتنازل عن المقاولة، لكنه يسعى من خلال إبرام عقد المقاولة الفرعية إلى البقاء في العملية العقدية و تنفيذ التزاماته بواسطة المقاول الفرعي.

كذلك يقصد من هذه النتيجة أن المقاول الفرعي لا يعتبر ملزما أمام رب العمل بتنفيذ العقد، أي أنه لا يحل محل المقاول الأصلي، فالمقاول الفرعي ملزم بتنفيذ العمل المسند إليه وفقا عقد المقاولة الفرعية و أمام المقاول الأصلي فقط.

و من ثمة فإن المقاول الفرعي ليس مدينا متضامنا مع المقاول الأصلي، ولا ضامنا أو شريكا له في الدين.[3]

**ثانيا: وجود عقد المقاولة الفرعية لا يعدل في التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي**

يترتب على عدم تأثير وجود عقد المقاولة الفرعية في عقد المقاولة الأصلية بقاء رب العمل ملزما بتنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد المقاولة الأصلية اتجاه المقاول الأصلي، فيظل رب العمل ملزما نحو المقاول الأصلي بتمكينه من انجاز العمل و تسلمه بعد انجازه من المقاول الأصلي، و بدفع الأجر للمقاول الأصلي فيما عدا الحالة الواردة بنص المادة **565** من القانون المدني و المتعلقة برجوع المقاول الفرعي على رب العمل بالأجر في حدود مقدار معين والتي سيأتي بحثها لاحقا[4].

كما يحق للمقاول الأصلي الاستمرار في مطالبة رب العمل بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد القائم بينها رغم تعاقده من الباطن ، و لا شأن لرب العمل بعقد المقاولة الفرعية، فهذا العقد لا يكسبه حقوقا ولا يرتب في ذمته التزامات، فهو يعتبر من الغير بالنسبة إليه.

---

[1]- أنور طلبة، المرجع السابق، ص: 297.

[2]- Néret; op. cit. , N° 272, p : 201.

[3] -د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:76

[4]- أ. أنور العمروسي ، المرجع السابق، ص 104

مما يوضح الفرق بين جعل المقاولة الفرعية و التنازل عن المقاولة ،ذلك أن المتعاقد المتنازل عن حقوقه يفقد بالضرورة هذه الحقوق و لا يظل بإمكانه ممارسة الامتيازات المقررة له. ومن ثمة اعتبر وجود عقد المقاولة الفرعية لا يعدل في العلاقة القائمة بين رب العمل و المقاول الأصلي.[1]

## المبحث الثاني: المقاولة الفرعية عقد قائم بذاته

صحيح أن وجود عقد المقاولة الفرعية مرتبط بوجود عقد مقاولة سابق له وتابع له من حيث المحل والطبيعة القانونية، غير أن مجال الإرتباط بين العقدين يقتصر على هذه العناصر فقط ، إذ يبقى عقد المقاولة الفرعية عقدا قائما بذاته ومستقل عن العقد الأصلي من عدة جوانب أخرى .

وتظهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية للوهلة الأولى من حيث وجود المقاول الفرعي في العملية العقدية، مما يجعل العقدين مختلفين من حيث الأطراف، الأمر الذي يستدعي وجوبا أن يخضع العقد الفرعي للقواعد العامة للإلتزامات شأنه شأن أي عقد آخر، فيشترط فيه استيفائه لأركان وشروط الصحة التي يستلزمها القانون.

كما تتجلى هذه الاستقلالية أيضا من خلال الطرق المتبعة في إبرام عقد المقاولة الفرعية و كذا من حيث مضمونه.

و لبيان هذه الاستقلالية بصفة مفصلة يقسم هذا المبحث إلى مطلبين يخصص المطلب الأول لتوضيح مظاهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية من الناحية الشكلية، والمطلب الثاني لمظاهر استقلاليته من الناحية الموضوعية.

### المطلب الأول: مظاهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية من الناحية الشكلية

يثير عقد المقاولة الفرعية في بداية تكوينه عدة مسائل تتمحور أساسا حول الطريقة التي يتبعها المقاول الأصلي في إبرامه، كما أنه و على اعتبار عقد المقاولة الفرعية من العقود الشائعة نظرا لتزايد الأعمال والتخصصات، فإنه من الضروري التعريف بمحتوى هذا العقد و إعطاء لمحة عنه وفقا لما هو معمول به في الحياة العملية.

وبناء عليه يقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، أبين في الفرع الأول الطريقة التي تتم بها المقاولة الفرعية و كيفية اختيار المقاول الفرعي، والفرع الثاني محتوى أو مضمون عقد المقاولة الفرعية.

---

[1] - Néret, op. cit., N° 274, p : 202

### الفرع الأول: طرق إبرام عقد المقاولة الفرعية و كيفية اختيار المقاول الفرعي

عادة يتم إبرام عقد المقاولة الفرعية بطريقة بسيطة و دون اتباع إجراءات معقدة، و ذلك بمجرد اتفاق بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، لكن قد يلجأ المقاول الأصلي أحيانا إلى طرق معينة لإتمام هذا العقد، كما قد يتبع بعض الشكليات في انتقاء المقاول ارعي بالاعتباره الطرف المكاف بعملية التنفيذ و هو ما سيتضح من خلال الفقرتين التاليتين:

#### الفقرة الأولى: الطرق المتبعة في إبرام عقد المقاولة الفرعية

لا تختلف طرق إبرام عقد المقاولة الفرعية عن تلك المنتهجة لإبرام عقود المقاولات ككل، فالمقاول الأصلي قد يلجأ إلى نفس الأسلوب الذي اتبعه رب العمل في التعامل معه، أو يختار أسلوبا آخر مغايرا، إلا أن الأمر لا يخرج عن اتباع أحد الأسلوبين إما التعاقد عن طريق الممارسة أو التعاقد عن طريق المسابقة و الذان يتم شرحهما فيما يلي:

**أولا: إبرام العقد عن طريق الممارسة**

يتم التعاقد عن طريق التراضي فيكون بعرض من أحد طرفي العقد و قبول من الطرف الآخر، كأن يتقدم المقاول الأصلي من المقاول الفرعي و يطلب منه تنفيذ عمل معين، أو يسبقه المقاول الفرعي بهذا العرض و يحض بقبول من المقاول الأصلي بعد تفاوض على المسائل الجوهرية و توافق إرادتهما، فيتم في النهاية إبرام عقد المقاولة الفرعية.

ويعتبر إبرام العقد عن طريق الممارسة الأسلوب الأكثر استعمالا في المعاملات، إذ يتصل الطرفان مباشرة قصد انجاز مشروع معين سواء تعلق الأمر بعقود بسيطة لا تتطلب أموالا كثيرة أو باتفاقات مباشرة بعد استشارة و تفاوض مثل ما هو الحال في عقود الاستثمار أو المنشآت الضخمة.

ولعل من الأسباب التي تجعل أحد الطرفين يفضل اللجوء إلى هذا الأسلوب في التعاقد، وجود تعامل سابق بينهما، أو الرغبة في سرعة الانجاز، أو كان المقاول الفرعي محتكرا لطريقة الصنع، أو حتى الحفاظ على سرية المشروع[1].

**ثانيا: إبرام العقد عن طريق المسابقة**

في بعض الحالات و بدلا من استعانة المقاول مباشرة بمقاول من الباطن، قد يلجأ الأول إلى طريقة المسابقة لإبرامه عقد المقاولة الفرعية.

---

[1]- أ. عزت عبد القادر، عقد المقاولة، القاهرة، دار الألفي، 2001، ص:51

فحتى ينفذ المقاول الأصلي المشروع المزمع انجازه يبادر إلى طرح مناقصة في وسائل الإعلام، و يطلب من المقاولين تقديم عروضهم حول هذا المشروع و يحددوا مقابلا للأعمال المراد تنفيذها. فتكون هناك نوع من المنافسة بين هؤلاء ، حيث يسعى كل واحد منهم إلى تقديم عرض مقبول و مطابق للشروط والمواصفات الموضوعة من قبل مقترح المناقصة.

ويشترط في المناقصة أن تتضمن وصفا دقيقا للمشروع من كل النواحي الاقتصادية والفنية والقانونية، وكل التفاصيل و المعلومات الضرورية للمترشحين، حتى يتمكنوا من تقديم عطاءات واضحة و ملائمة.

وتكون المناقصة إما علانية يتقدم إليها مختلف المتسابقون و يقدمون عطاءاتهم علنا، لترسى المناقصة على من يقدم أقل عطاء مرفق بالتأمينات الكافية، ليبرم عندئذ عقد المقاولة وفقا لما هو وارد في بشأن بأحكام القانون المدني.

وإما أن تكون المناقصة سرية حيث تقدم العطاءات ضمن أظرفة مختومة، يتم فتحها في يوم محدد و ترسو على من يتقدم بأقل عطاء من المترشحين.

و بهذا يكون العطاء المقدم هو إيجاب المقاول الفرعي الذي يعرضه لتنفيذ العمل استجابة للدعوة المقاول الأصلي، غير أن هذا الأخير لا يكون ملزما بإتمام العقد مع المقاول الذي رست عليه المناقصة إذا ما احتفظ في إعلانه بحق الرفض .

أما إذا لم يحتفظ بهذا الحق كان ملزما بإتمام العقد مع المقاول الفرعي، وإلا كان ملزما بتعويض هذا الأخير عما أنفقه من مصاريف وما كان يستطيع كسبه لو قام بتنفيذ العمل تطبيقا للقواعد العامة[1].

## الفقرة ثانية: كيفية اختيار المقاول الفرعي

إن كان من البديهي في العقود البسيطة أن التعاقد فيها يتم بين طرفيها مباشرة بعد تجاوز مرحلة التفاوض بشأن محتواها، فإن الأمر في عقد المقاولة الفرعية يخرج أحيانا عن هذا الإطار، حيث يكون تدخل المقاول الفرعي ليس فحسب بناء على رغبة المقاول الأصلي، وإنما كذلك بناءا على رغبة رب العمل، هذا ما يتبين مما يلي:

[1] - أ. محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، مرجع سابق، ص 67 و ما يليها.

### أولا: اختيار المقاول الفرعي من قبل المقاول الأصلي

إن عقد المقاولة سواء كان عقدا أصليا أو عقدا من الباطن، شأنه شأن أي عقد فهو لا يخلو من اعتبارات شخصية تجعل مبرمه ينزع إلى التعامل مع شخص يحوز ثقته و يرى أنه القادر على تنفيذ ما تعهد به .

لهذا فإن المقاول الأصلي لا يقدم على المقاولة الفرعية إلا بعد أن يتخذ جملة من الإجراءات الإحترازية حتى يتمكن من اختيار المقاول المناسب لأداء العمل المطلوب، و هو ما يحدث غالبا في قطاع البناء و التشييد أين تتجسد المقاولة الفرعية بصفة أساسية، نظرا للمشاريع الضخمة والطويلة التي يعرفها هذا القطاع و التي يحتاج تنفيذها التعامل مع عدد كبير من الشركات المتخصصة . فاختيار المقاول الفرعي من قبل المقاول الأصلي لا يكون عشوائيا و إنما يتم بناء على ما يتمتع به من خبرة فنية و مهنية و ما له من إمكانيات مادية و يد عاملة مؤهلة و متخصصة .

فحسب بعض النماذج من العقود المتحصل عليها يلزم المقاول الفرعي بتقديم نفس الوثائق التي سبق و أن طلبها رب العمل من المقاول الأصلي، حتى يتأكد هذا الأخير من سمعته في سوق المقاولات، من بينها نسخة من السجل التجاري للمقاول الفرعي أو بطاقة حرفي، مستخرج يبين وضعيته إزاء مصالح الضرائب والضمان الاجتماعي، وكذا قائمة بالمعدات المتوفرة لديه، بالإضافة إلى بيان مفصل عن مجمل الأعمال و المشاريع التي نفذها.

والأكيد أن الهدف من هذه الوثائق هو معرفة المقاول الأصلي لمدى مطابقتها من الناحية الفنية و المهنية مع أعمال المشروع المطروح للتنفيذ، و التزام المقاول الفرعي بمقاييس العمل و معايير الجودة و تفاديا لأي تضارب في وجهات النظر، و منعا لأي خلافات قد تحدث مستقبلا و تتسبب في تعطل الأعمال أو التأخر في انجازها، مما يلحق ضررا بجميع الإطراف .

### ثانيا: المقاول الفرعي المسمى

إن جرت العادة أن يختار المقاول الأصلي المقاول الفرعي ليرتبط معه مباشرة بعقد مقاولة فرعية، فهناك طريقة ثانية يتدخل فيها المقاول الفرعي لتنفيذ عقد المقاولة الأصلية، تستعمل كثيرا في النظام الأنجلوسكسوني، و هي قيام رب العمل بتعيين المقاول الفرعي في عقد المقاولة الأصلية، حيث يدرج بندا خاصا يتضمن تعيينه و توليه تنفيذ جزء معين من موضوع عقد المقاولة.

كما يمكن للمهندس المكلف بمتابعة المشروع أن يعين المقاول الفرعي، حيث يصدر تعليمات للمقاول الأصلي لاستخدامه كمقاول فرعي و يطلق عليه اسم " **المقاول الفرعي المسمى**"[1].

و يتم اللجوء إلى هذه الطريقة في التعين حتى يتفادى المشاكل التي قد تنشأ بين رب العمل و المقاول الأصلي جراء إدخال المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة الأصلية .

و إن كان القانون المدني لم يتطرق إلا للطريقة الأولى، حيث يختار المقاول الأصلي المقاول الفرعي و يبقى مسؤولا عنه اتجاه رب العمل، إلا أن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة للحالة الثانية حول مدى مسؤولية المقاول الأصلي من المقاول الفرعي المسمى، خاصا وأنه لم يتولى اختياره وإنما فرض عليه من قبل رب العمل أو المهندس ؟

## الفرع الثاني: مضمون عقد المقاولة الفرعية

الأصل في عقد المقاولة سواء كان أصليا أو فرعيا أنه من العقود الرضائية الواردة على العمل لهذا لا يشترط إفراغه في شكل معين مهما كان نوع العمل المراد تنفيذه.

غير أن الواقع العملي حتم ضرورة أن يحرر الاتفاق الحاصل سواء بين رب العمل و المقاول الأصلي أو بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي في وثيقة مكتوبة تحدد لكل طرف ما له من حقوق و ما عليه من التزامات، ضمانا لتنفيذ المشروع حسب المواصفات المطلوبة و في الوقت المحدد و بأقل تكلفة من جهة، و إثباتا لهذه الحقوق و الالتزامات و تفاديا لنشوء أي نزاع بين الطرفين من جهة أخرى مثل ما هو عليه الحال في مجال البناء و تشييد المنشات الكبرى[2].

و الملاحظ أن المزايا التي يحققها العقد المكتوب للطرفين امتدت لتحوز على قناعة بعض الدول و الهيئات المهتمة بهذا المجال، حيث تأكد لديها هي الأخرى أن عقد المقاولة الذي يحسن إعداده يكون أساسا لنجاح أي مشروع من المشروعات، مما يحقق تنمية عمرانية و اقتصادية، و جعلها تضع عقد مقاولة فرعية موحد و توصي مختلف الأشخاص و الهيئات بالتعامل على أساسه[3].

---

1 - عرفت الشروط العامة لمقاولات المشاريع الإنشائية في الأردن المقاول الفرعي المسمى انه: "**يعرف بمقاول فرعي مسمى في هذا العقد أي مقاول فرعي:**

**أ- نص في العقد على انه مقاول فرعي مسمى**

ب- الذي يقوم المهندس وفقا لأحكام الفصل الثالث عشر، التغييرات و التعديلات بإصدار تعليمات الى المقاول لاستخدامه كمقـاول فرعي" بدفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية ، وزارة الأشغال العامة و الإسكان، عمان2004

[2] - نموذج عن الشروط العامة الواردة بعقد المقاولة الفرعية في مجال البناء و الاشغال العامة معتمد في فرنسا من قبل بعض الوزارات في طبعته الصادرة سنة 2005 ،و الوارد بالملحق.

[3] - أنظر نموذج عن عقد المقاولة الفرعية لبناء مسكن فردي، معتمد في فرنسا منذ 2006 و الوارد بالملحق.

و على كل فدراسة بعض النماذج من عقود المقاولة الفرعية بينت أن تحرير هذه الأخيرة يتم وفقا الصيغ معينة، و أن محتوها غالبا ما يتضمن نفس البنود، هذا ما سوف يتضح من خلال الفقرتين التاليتين:

### الفقرة الأولى: صيغ تحرير عقد المقاولة الفرعية

قد يختار المتعاقدين تحرير عقد مقاولة فرعية وفقا لإحدى الصيغتين فيجعلانه عقدا ظاهرا أو معلوما فيما بين الأطراف المتعاقدة، و قد يجعلانه عقدا خفيا لا يطلع عليه أحد غيرهما، حسب ما يتضح في الآتي:

#### أولا- عقد المقاولة الفرعية الظاهر أي contrat de sous- traitance transparent

تعتمد هذه الصيغة عندما يرغب الأطراف أن يكون كل من عقد المقاولة الأصلية وعقد المقاولة الفرعية معلومين من المقاول الفرعي و رب العمل، فيجعلانهما مرتبطين طالما أنهما يهدفان إلى تنفيذ العمل ذاته سواء كله أو جزء منه .

و يتم هذا الربط بين العقدين من خلال شروط عقد المقاولة الفرعية، حيث بمقتضاها يحال المقاول الفرعي صراحة إلى بنود عقد المقاولة الأصلية لينفذ ما ورد به من التزامات و تحمل الجزاءات المنصوص عليها إذا ما قصر في تنفيذها، أو تنقل هذه الشروط كما هي من العقد المقاولة الأصلي إلى العقد المقاولة الفرعية.

و قد تتعدى درجة الربط بين العقدين شروط التنفيذ لتشمل شروط دفع الأجر أيضا، فيتفق على أن يتم حصول المقاول الفرعي على مستحقاته تبعا لتقدم العمل و التدرج في الدفع المذكور في عقد المقاولة الأصلية، بمعنى أن حصول المقاول الفرعي على أجره متوقف على حصول المقاول الأصلي على دفعات من رب العمل.[1]

و في الغالب يأتي عقد المقاولة الفرعية في صيغة مختصرة، حيث يتضمن عددا قليلا من البنود ويحرر في نسختين أصليتين أو أكثر مرفقتين بصورة طبق الأصل من عقد المقاولة الأصلية، ليعتبر هذ الأخير جزء لا يتجزأ من عقد المقاولة الفرعية.

و يرتب القضاء الفرنسي على اختيار الأطراف لهذه الصيغة نتائج هامة، إذ يعتبر اعتماد الشفافية في عقد المقاولة الفرعية يؤدي إلى إخضاعه لنفس القانون الذي يطبق على العقد الأصلي،[2] كما يجعل المقاول الفرعي يستفيد هو الأخر من بند مراجعة الثمن الوارد في العقد الأصلي[1] وكذا من بند المتعلق بالاختصاص القضائي أو التحكيم .

---

[1] - Alain BENABENT, op , cit ; p: 1467

[2]- Cass. 1 civ. 17 décembre 1985, bull. civ. I, N° 354.

## ثانيا- عقد المقاولة الفرعية الخفي أي contrat de sous-traitance opaque

يتم اللجوء إلى هذه الصيغة عندما يفضل طرفي عقد المقاولة الفرعية جعل اتفاقهما مستقلا عن عقد المقاولة الأصلية، فيشبه عندئذ هذا الإتفاق أي عقد مقاولة آخر، حيث يتضمن عددا من البنود التفصيلية تزداد تبعا لأهمية المشروع و الأشغال المراد القيام بها.

و اعتمادا على الاستقلالية بين العقدين، اعتبر القضاء الفرنسي أنه إذا تولى القاضي تقدير مقابل عن الأعمال المنفذة فإنه غير ملزم بالأخذ بعين الاعتبار في هذا التقدير قيمة العقد الأصلي و لا حتى اعتماده كحد الأقصى لهذا التقدير.[2]

## الفقرة الثانية: بنود عقد المقاولة الفرعية

يتضمن عقد المقاولة الفرعية مجموعة من البنود توصف بعضها بأنها أساسية أو جوهرية والبعض الأخر بأنها تكميلية أو ثانوية، هذا ما سأحاول توضيحه في الأتي:

### أولا- البـنـود الأسـاسـيـة

تدرج البنود الأساسية في كافة العقود، و تخلف بعضها يمكن أن يؤدي إلى المساس بشرعية وصحة العقد، نظرا لأهميتها في ضبط و تحديد حقوق و التزامات الطرفين من ناحية، و إثباتها من ناحية ثانية، و هو الأمر الذي أدى بالعديد من التشريعات إلى التركيز عليها و اعتبار إدراجها في جميع عقود المقاولات من المسائل الإلزامية مهما كان نوع العمل.

و تختلف هذه البنود و تعدد من عقد إلى أخر، إلا أنه يمكن تلخيصها فيما يلي:

### أ- هـويـة الأطـراف المتعـاقـدة

من الازم أن يتضمن عقد المقاولة الفرعية هوية المقاول الآمر بالأعمال والمقاول المنفذ لها. فإن كانا شخصان طبيعيين، فيذكر الاسم الكامل لكل منهما و عنوانه. أما إذا تعلق الأمر باتفاق بين مؤسستين فيبين اسم الشخص المعنوي و ممثله القانوني ومقره الاجتماعي و رقم سجله التجاري إلى غير ذلك من البيانات التي يرى الطرفين ضرورة النص عليها.

و مما لا شك فيه أن لذكر هذه البيانات أهمية كبيرة سواء بالنسبة للطرفين أو بالنسبة للهيئات القضائية عند قيام أي منازعة حول طبيعة هذا العقد أو مضمونه أو تنفيذه.

---

[1]-Cass. 3 éme ; civ. 18 mai 1978 ; j cl ; civil ; art 1787, fasc. : 20 N° : 88
[2] - Alain BENABENT, op , cit ; p: 1468

### ب- مـوضـوع الـعـقـد

يتضمن هذا البند تعيين للعمل المسند للمقاول الفرعي بدقة، فيبين المقاول الأصلي فيه نوع العمل و مقداره و مكان تنفيذه، كما يتعهد المقاول الفرعي بانجازه وفقا للشروط و المواصفات المحددة في مسندات الاتفاق و الأصول الفنية المتعارف عليها.

### ج- قـيـمـة الأعـمـال

يحدد في هذا البند المبلغ المتفق عليه بين الطرفين و الواجب دفعه للمقاول الفرعي كمقابل عن الأعمال المؤداة و كل ما تستلزمه من تكاليف الإنجاز و توريد الآلات و المعدات و وسائل النقل و أجور العمال إلى غير ذلك، مقدرا تقدرا جزافيا أو إجماليا أو على أساس الوحدة.

كما يتضمن هذا البند قابلية مبلغ العقد للمراجعة من عدمها، و طريقة دفعه و التي تتم غالبا بتقديم جزء منه كتسبيق للمقاول الفرعي قبل شروعه في العمل مقابل كفالة مصرفية يستردها هذا الأخير خلال مراحل الإنجاز ، ثم تمنح له دفعات شهرية حسب تقدم الأعمال و تخصم منها نسبة معينة كضمان للتنفيذ الحسن لبقية الأعمال، و عند نهاية الأشغال و تسلمها مقبولة يسترجع المقاول الفرعي مبلغ الضمان.

### د- مـدة الإنـجـاز

من الضروري أن يحدد الطرفين مدة انجاز العمل و بداية سريانها و كيفية احتسابها. فعادة يدرج بالعقد بند يعطي للمقاول الأصلي باعتباره رب العمل الحق في توقيع غرامة مالية عند تجاوز المقاول الفرعي لهذه المدة تحدد في شكل نسبة مئوية من القيمة الإجمالية للأعمال. أما إذا أنجز المقاول الفرعي الأعمال قبل الميعاد المحدد، جاز الاتفاق على منحه مكافأة عن الانتهاء المبكر للأعمال .

### ه- الـتـزامـات الـطـرفـيـن

يخصص بالعقد عدة بنود يحدد بمقتضاها الطرفين التزامات كل واحد منهما باعتبارها جوهر العملية العقدية و ما يترتب من جزاءات عند إخلال بها، منها مثلا تعهد المقاول الفرعي بإحضار جميع ما يلزم من وسائل و أدوات لإنجاز العمل و استخدامه للعدد الكافي من العمال الأكفاء والمؤهلين ، و احترامه للنظم و اللوائح المعمول بها بخصوص تأمين العمال و الأشخاص والممتلكات، و إجراءات الأمن و السلامة .

و قد يلزم المقاول الفرعي بتنفيذ العمل و الإشراف عليه شخصيا أو يسمح له بالتنازل عن محل العقد أو اللجوء إلى المقاولة من الباطن ضمن شروط و كيفيات مبنية أو قد يمنع من ذلك، ويحدد عندئذ الجزاء المترتب على هذه المخالفة.

كما يلزم بمقتضى هذا البند بإخلاء الموقع بمجرد إتمام العمل وتسليمه من جميع المعدات و المواد و الأتربة و البقايا و إلى غير ذلك من الالتزامات التي يتطلبها موضوع العقد و يرى الطرفين ضرورة النص عليها في العقد .

**ي- إنــهــاء الــعــقــد**

يولى الطرفان و بالأخص المقاول الأصلي باعتباره رب العمل اهتماما كبيرا بتبيان حالات إنهاء العقد و خاصة في العقود طويلة المدة ، و ما يترتب عن فسخها من مسؤولية الطرف المتسبب في ذلك .

**ثانيا- البــنــود التــكــمــيــلــيــة**

و هي مجموعة من البنود تختلف من عقد لأخر تخص مسائل ثانوية، و لا يؤثر تخلفها في صحة عقد المقاولة الفرعية من الناحية القانونية ، نذكر من بينها على سبيل المثال ما يلي:

**أ- مــســتــنــدات الــعــقــد**

كثيرا ما يضيف الطرفين إلى عقد المقاولة الفرعية المكتوب مجموعة من الوثائق لتلحق به، مثل ما هو الحال في المقاولات الكبرى كالمستندات الفنية المحددة لمجال الأعمال و مستواها واللازمة لتمكين المقاول الفرعي في عملية التنفيذ مثل المخططات التصميمية والمقايسة التفصيلية بالأعمال و الأجرة الواجب دفعها عن كل عمل و أسعار المواد المستخدمة فيه و البرنامج الزمني المحدد للمراحل الزمنية لتنفيذ الأعمال و حجم و نوع اليد العاملة و المواد و المعدات اللازمة لكل مرحلة إلى غير ذلك من المستندات التي يتفق الطرفين على إدراجها تحت هذا البند .

وتعتبر هذه المستندات جزء لا يتجزأ من العقد و متممة لبعضها البعض، لهذا لا يفوت الطرفين تحديد أية منها تكون له الأولوية في حالة تعارض بين البيانات الواردة بها.

**ب- لــغــة الــعــقــد**

قد يرى الطرفان ضرورة إدراج بند يتناول اللغة المعتمدة في كتابة العقد و تنفيذه و تفسيره و المراسلات المتعلقة به، مع إيجازة لأحد الطرفين استعمال لغة مغايرة شريطة أن تكون للغة العقد الحجية عند الاختلاف أو التعارض.

### ج- سرية المعلومات

تتضمن بعض الاتفاقات بند يمنع على المقاول الفرعي و عماله و مقاوليه الفرعيين من إفشاء المعلومات المتعلقة بالعقد القائم بينهما أو نشر لبيانات عنه أو إعطاء أي مستند منه أو صورة عنه دون حصوله على موافقة كتابية مسبقة من المقاول الأصلي أو كان هذا الإفصاح لازما لتنفيذه.

و الملاحظ أنه في هذه العقود يحرص رب العمل على جعل الالتزام بسرية المعلومات ملقى على كل شخص يتصل بالعقد و مستنداته طيلة فترة قيامه وأحيانا حتى بعد انتهاءه ، و قد يتشدد لدرجة اعتبار جميع الوثائق و البيانات و الرسومات الواردة به ملكا خاصا له سواء تلك التي قدمها أو حتى تلك التي أعدها المتعاقد معه ، و يحصر مجال استعمالها في الحدود اللازمة لتنفيذ العقد.

### د- تبليغ الإخطارات

حتم الواقع العملي على طرفي العقد التدقيق في الاتفاقات التي يحررانها لدرجة أن البعض يخصص بندا لوسيلة الاتصال بينهما، ضمانا لشفافية التعامل بينهما و صرامته ، حيث يتفقان على أن تكون جميع الإخطارات و المراسلات المتعلقة بالعقد مكتوبة و باللغة المتفق عليها، و أن توجه إلى العنوان الوارد بالعقد باعتباره المحل المختار لتسلم للطرف الآخر مقابل إيصال .

### ه- تسوية الخلافات

يحرص الطرفان على النص في اتفاقهما على تعهد كل واحد منهما بتنفيذ التزاماته بحسن نية و بذل الجهد اللازم للحيلولة دون نشوء أي نزاع بينهما ، كما يتفق الطرفان على الإجراءات القانونية الواجب إتباعها عند ظهور أي خلاف بشأن تنفيذ عقد المقاولة الفرعية ، حيث يوصى أن تكون البداية دائما للحلول الودية التي يجب أن يتوصل إليها خلال فترة زمنية محددة، و إلا عرض النزاع على لجنة تحكيم معينة أو على هيئة قضائية معينة بذاتها أو الهيئة القضائية المختصة نوعيا ومحليا وفقا للقانون.

## المطلب الثاني: مظاهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية من الناحية الموضوعية

لا تظهر استقلالية عقد المقاولة الفرعية من حيث الشروط الواجب توفرها في عاقديه حتى يكون صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية فقط ، بل تبرز كذلك من خلال تمتعه بطبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود و بالخصوص عقد المقاولة الأصلية، إذ يكون عقدا خاضعا للقانون الخاص بينما قد يكون العقد الأصلي خاضعا للقانون العام هذا ما سوف يتضح من خلال الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: شروط إبرام عقد المقاولة الفرعية

المقاولة الفرعية هي عقد مقاولة قائم بذاته تحكمه عموما القواعد المقررة لهذا العقد و الواردة في المادة **549** و ما يليها من القانون المدني، ما لم يرد استثناء عن ذلك.

وعلى اعتبار أن هذه المواد لم تتناول شروط انعقاد عقد المقاولة وجب الرجوع إلى القواعد العامة بشأن إبرام العقود، فيكون عقد المقاولة الفرعية مثله مثل أي عقد يخضع لأحكامها سواء من حيث انعقاده أو تنفيذه .

و من هذا المنطلق لا بد أن تتوفر في عقد المقاولة الفرعية الأركان الثلاثة، الرضى والمحل و السبب، أما الشكلية فليست ركنا لانعقاده لأنه وفقا لنص أعلاه يندرج هذا العقد ضمن العقود الرضائية كونها لم تأت بحكم خاص بشكل العقد، ومن ثمة جاز إبرامه كتابة أو شفاهة.

فوفقا للقواعد العامة يشترط لانعقاد عقد المقاولة الفرعية توفر رضا صحيح صادر عن إرادة خالية من العيوب، و وجود محل و سبب مشروعين.

وهو ما سيتم التعرض له بحسب ما يقتضيه كل عنصر بإيجاز طالما أن الأمر ليس سوى إعادة لما هو وارد في القواعد العامة ضمن فقرتين تخصص الأولى للرضى و الثانية للمحل، أما ركن السبب فلا جديد يثار بشأنه في عقد المقاولة الفرعية يختلف عما سبق دراسته في النظرية العامة للالتزامات و يكون ذلك في ما يلي:

#### الفقرة الأولى: التراضي في عقد المقاولة الفرعية

إن عقد المقاولة الفرعية كغيره من العمليات العقدية لا يتم إلا بوجود إرادتين متطابقتين، وهو ما يعبر عنه بتطابق الإيجاب مع القبول والذي يعتبر شرطا لانعقاد العقد، كما لا يقوم الرضا صحيحا إلا إذا كانت إرادة طرافيه حرة سليمة لا يشوبها عيب.

و على هذا الأساس تقسم هذه الفقرة إلى قسمين يخصص الأول لشروط الانعقاد و الثاني لشروط الصحة.

### أولا: شـ ـروط الانـعـقـاد

يشترط لانعقاد المقاولة الفرعية توفر رضا لدى طرفيها، والمقصود بالطرفين هما المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، لكن لا يشترط رضا رب العمل كونه ليس طرفا في العقد، إنما موافقته على المقاولة الفرعية شرطا لنفاذها في حقه.

والرضا يستلزم وجود إرادتين متطابقتين، و يتحقق ذلك عند تطابق الإيجاب بالقبول على عناصر المقاولة، فيتم التراضي بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي على ماهية العقد حيث تتجه إرادة كل منهما إلى إبرام عقد المقاولة دون غيره من العقود، ثم يكون التراضي على العمل الذي يؤديه المقاول الفرعي للمقاول الأصلي و على الأجر الذي يدفعه هذا الأخير للمقاول الفرعي، فإن لم يتحقق هذا التطابق على هذه العناصر الثلاثة انعدمت المقاولة[1].

ولا يختلف التعبير عن الإرادة في عقود مقاولات الفرعية عن ما يكون عليه في العقود الأخرى، فيتم التعبير عن الإرادة أو الموافقة إما بصفة صريحة، سواء كانت في شكل كتابة أو لفظ أو الإشارة الدالة على الموفقة، و إما بصفة ضمنية حسب الأشكال المتعارف عليها كالشروع في العمل دون تردد أو تأخير أو كل ما يمكن أن يؤدي إلى استخلاصها بمختلف الوسائل والطرق المتعارف عليها وفقا للمادة **60** من القانون المدني.

### ثـانـيـا: شـروط الـصـحـة

إن شروط صحة عقد المقاولة الفرعية هي نفسها شروط صحة أي عقد آخر، و تتمثل في توفر الأهلية في عاقديه وسلامة رضا كل منهما من العيوب، وهو ما سوف يشرح في الآتي:

#### أ- الأهليـة فـي عقـد المقـاولـة الفرعيـة

لكي تكون إرادة المتعاقدين معتبرة ومرتبة للأثر الذي سعت إلى تحقيقه، يجب أن يصدر الإيجاب و القبول ممن هو أهل للتعاقد، و يقتضي بحث موضوع الأهلية في عقد المقاولة الفرعية التعرض لأهلية المقاول الأصلي و المقاول الفرعي.

---

[1] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:25

**1- أهليـة المقـاول الفرعي**

الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق و صلاحيته لاستعمالها، و تنقسم إلى أهلية وجوب و أهلية أداء، و نظرا لكون آثار عقد المقاولة الفرعية تتراوح بين النفع و الضرر بالنسبة للمقاول الفرعي لما تتضمنه من حقوق و التزامات، فإن الأهلية التي يجب أن تتوفر فيه هي أهلية الأداء التي تمكنه من القيام بجميع التصرفات و الأعمال القانونية و المحددة ببلوغ الشخص سن الرشد أي 19 سنة و أن يكون عاقلا غير محجورا عليه.

و يفرق في هذا الصدد بين ما إذا كان المقاول الفرعي ملزم بتقديم عمل فقط، فيكون في هذه الحالة مضارب به أي معرض للربح أو الخسارة و حتى مسؤولا عن تعويض المقاول الأصلي عما أصابه من ضرر، و بالتالي تعد المقاولة الفرعية بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر لهذا يشترط لإبرام هذا العقد بلوغه سن الرشد.

أما المقاول الفرعي ناقص الأهلية أي الصغير المميز أو ذي الغفلة، فعقد المقاولة الذي يبرمه يكون موقوفا على إيجازة وليه أو وصيه.

أما إذا كان المقاول الفرعي ملزم بتقديم العمل و المادة اعتبر بائعا لهذه المادة، لهذا يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية، فإن كان ناقصا للأهلية كان العقد موقوفا على إجازة وليه أو وصيه.

و في حالة ما إذا كان صغيرا مأذونا له بالتجارة، أعتبر عقد المقاولة من ضمن التصرفات المأذون له القيام بها و كأنها تصرفات صادرة عن شخص راشد.

أما إذا كان المقاول الفرعي عديم الأهلية، انعدمت إرادته و كان عقده باطلا بطلانا مطلقا[1].

**2 - أهليـة المقـاول الأصلـي**

تعتبر المقاولة الفرعية بالنسبة للمقاول الأصلي من أعمال التصرف، لأنه من بين التزاماته دفع الأجر، لهذا يشترط توفره على أهلية التصرف.

فإن كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو كان صغيرا مميزا، كان عقده موقوفا على إجازة وليه أو وصيه إجازة صريحة أو ضمنية.

ينطبق هذا الكلام إذا ما كان طرفي عقد المقاولة الفرعية أشخاصا طبيعية، أما و كانا شخصين معنويين أو كان أحدهما شخصا معنويا فإن الأهلية يقابلها الاختصاص، إذ تحدد القوانين و النظم الخاصة بالمؤسسات - سواء كانت عمومية أو خاصة و سواء كانت شركات أموال أو شركات أشخاص- الجهات أو المصالح أو الأشخاص الذين لهم حق إبرام و توقيع العقود.

---

[1] - د. عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص:19 و20.

ويترتب على هذا التحديد منع أي جهة أو مصلحة أخرى ممارسة هذا الاختصاص، و إن أي عقد مقاولة فرعية تبرمه جهات غير تلك المحددة قانونا لا يكون لازما للشخص المعنوي و يعتبر عقدا باطلا لعدم الاختصاص[1].

**ب- خلـو الإرادة مـن العيـوب**

تقتضي صحة التراضي زيادة على وجوب توفر الأهلية في كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، أن تكون إرادة كل منهما خالية من العيوب.

و العيوب التي قد تمس عقد المقاولة الفرعية هي نفسها تلك التي قد تمس العقود عموما و الواردة في الاحكام العامة في القانون المدني، فإن صدر رضى أحد الطرفين أو كليهما مشوبا بعيب الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال كانت الإرادة موجودة لكنها معيبة.

لهذا يكون عقد المقاولة الفرعية الصادر عن إرادة المقاول الأصلي و المقاول الفرعي صحيحا، لكنه قابلا للإبطال ممن كانت إرادته معيبة، فإن أجازه الطرف الذي لحقت إرادته هذا العيب أصبح هذا العقد نافذا في حقه من وقت صدوره سواء كانت إجازة صريحة أو ضمنية، أما إذا تمسك بهذا العيب و رفض العقد حكم ببطلانه.

والملاحظ في هذه المسألة أنه بالرغم من الحرية التي يتمتع بها المقاول الفرعي من الناحية المبدئية والقانونية في إبرام عقود تناسب رغباته و إمكانياته، إلا إن الإكراه و الضغط في عقود مقاولات الفرعية يأخذ شكلا آخر انطلاقا من خلفيات و اعتبارات اقتصادية.

فمن الناحية العملية يكون عقد المقاولة الفرعية أحيانا من اقتراح إرادة تتمتع بنوع من السلطة، أو أنها توجد في مركز يسمح لها بفرض شروطها و تضييق السبل على المقاول الفرعي حتى لا يناقش هذه الشروط، خاصة في ظل سوق تفوق فيها العروض المقدمة الطلبات عن العمل، فالمقاول الفرعي أمام هذه الوضعية الصعبة ليس له سوى القبول بالتعامل مع هذا النوع من أرباب العمل، أو انتظار فرص عمل أخرى أكثر عدالة وما ينجر عن ذلك ما تبعات، و إما الانسحاب نهائيا من السوق.

ومن أجل حماية أكثر للمقاول الفرعي تدخل المشرع للحد من الإفراط في استعمال مبدأ سلطان الإرادة بوضع حدودا قانونية لا يمكن لأرباب العمل تجاوزها، حيث جعلها أحكاما آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[2].

[1] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:32.

[2]- Alain Benabent, op. cit, p : 1474.

**الفقرة الثانية: المحـل فـي عقـد المقـاولة الفرعيـة**

المحل عموما هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به، أما في عقد المقاولة الفرعية فيتحدد بالنظر إلى طرفيه، فبالنسبة للمقاول الفرعي فيتمثل في العمل الملزم بتقديمه للمقاول الأصلي، و يتمثل بالنسبة لهذا الأخير في الأجر الذي يقدمه للمقاول الفرعي عن العمل المؤدى، و بالتالي فإن محل التزام المقاول الفرعي هو نفسه سبب التزام المقاول الأصلي و العكس صحيح.

و من ثمة وجب التعرض لجانبي المحل في عقد المقاولة الفرعية و شروطهما فيما يلي:

**أولا- محـل التـزام المقـاول الفرعـي**

إن الإلتزام الأساسي للمقاول الفرعي هو أداء العمل المسند إليه بمقتضى عقد المقاولة الفرعية، و الذي يقتضي حتما الوجود و التعيين و جواز التعامل فيه، حسبما سيتبين من الأتي:

**أ- تحديـد محـل إلترام المقـاول الفرعـي**

على ضوء النصوص القانونية المنظمة لعقد المقاولة سواء كان عقدا أصليا أو عقدا فرعيا، فإن محل التزام المقاول لفرعي في عقد المقاولة الفرعية هو أداء عمل أو صنع شيء لكن لا يجوز أن يكون الالتزام بإعطاء شيء .

لهذا يعتبر القضاء الفرنسي المجهز الذي تقتصر مهمته على تسليم شيء للمقاول أو صاحب العمل دون أن يمارس عملا إنتاجيا بائعا لهذا الشيء و ليس مقاولا فرعيا.

كما لا يجوز أن يقتصر تعهد المقاول على تقديم المواد، إنما يجب أن يكون هذا التعهد التزاما ثانويا للالتزام الرئيسي بأداء عمل أو صنع شيء، فيلتزم عندئذ المقاول الفرعي بتقديم العمل و المادة معا.

بالإضافة إلى ذلك لا يجوز أن يقتصر تعهد المتعاقد على المحافظة على شيء، لأن هذا هو موضوع عقد الوديعة[1].

و تعهد المقاول الفرعي بالقيام بعمل قد يكون متصل بشيء معين يتم بغرض إصلاحه أو تحسينه أو صيانته كعمل ميكانيكي مثلا، و أحيانا يكون هذا الشيء غير موجود و المقصود من عقد المقاولة الأصلية إيجاده بمادة يوردها رب العمل أو المقاول الأصلي أو المقاول الفرعي كعمل الخياط، و في أحيان أخرى يكون العمل غير متصل بشيء معين بل مجرد عمل كنقل أشخاص أو بضائع أو طبع مؤلف.

---

[1] - Bernard Boubli,Contrat d’entreprise, répertoire de droit civil,1994, N° 238- P36.

و يجمع الفقه على جواز أن يرد المقاولة الفرعية على الأعمال المادية و الفكرية على حد سواء، لأن التفرقة بين هذين النوعين من الأعمال لم تعد مقبولة و لا مستساغة، بسبب عدم وجود عمل لا يكون للعقل دور فيه، حيث يجوز للطبيب أو المهندس أن يقاول من الباطن على عمله الفكري ما لم يمنع من ذلك.[1]

و يثير موضوع تحديد المحل في عقد المقاولة الفرعية تساءلا يتعلق بما مدى جواز الإتفاق على تامين اليد العاملة ؟

يفرق الفقه والقضاء الفرنسيين في هذا الصدد بين حالتين :

**الحالة الأولى**: أن يقتصر موضوع الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين على توريد يد عاملة مقابل مبلغ مالي، حيث يضع المقاول الفرعي عددا من العمال تحت تصرف المقاول الأصلي ليؤدوا لصالحه أعمالا معينة و يشتغلوا وفقا لتوجيهات المقاول الفرعي و يقبضون أجورهم منه.

فالغرض الوحيد من هذه المقاولات هو المضاربة على عمل هؤلاء العمال، إذ يتقاضى المقاول الفرعي مبلغا معينا من المقاول الأصلي ليدفع منه أجور هؤلاء العمال و يحتفظ بالباقي كربح له.

و منعا لاستغلال العمال، فإن أغلب التشريعات العمالية تمنع هذا النوع من المقاولات الفرعية، كالتشريع الجزائري الذي يحظر هذه التعاملات حسبما أوردته المادة **62** من القانون الأساسي العام للعمال صادر في **05** أوت **1978** ، و المادة **14** من أمر **75-31** المؤرخ في **29** افريل **1975** المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص[2].و إن كان القانون **90-11** المؤرخ في **21** افريل **1990** المتعلق بعلاقات العمل لم يتضمن هذا الحضر[3].

**الحالة الثانية:** تخص الاتفاق الذي يكون موضوعه قيام المقاول الفرعي بأداء عمل لصالح المقاول الأصلي إلى جانب إحضاره لليد عاملة لتتولى انجاز العمل تحت إشراف و توجيه المقاول الفرعي و هو ما يعرف في القانون الفرنسي **marchandage** فهذا العقد جائز إلا إذا ثبت أن هناك استغلال للعمال من جانب المقاول الفرعي الأمر الذي يعرضه إلى عقوبات جزائية .

**ب- شـروط محـل التـزام المقـاول الفرعـي**

يشترط في العمل باعتباره محل التزام المقاول الفرعي أن يكون ممكنا، فإن كان مستحيلا في ذاته وقت العقد كان عقد المقاولة الفرعية باطلا وفقا لنص المادة **93** من القانون المدني .

---

[1]-أ. محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، مرجع سابق، ص:31

[2] - قانون 87-12 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل، صادر بالجريدة الرسمية عدد 32 المؤرخة في 08 أوت 1978 ص: 724.

[3] - قانون 90-11 المؤرخ في 21 افريل 1990 ج . ر عدد 17 مؤرخة في 1990/04/25 ، ص: 592.

والاستحالة التي تمنع انعقاد العقد هي الاستحالة المطلقة سواء كانت الاستحالة فعلية أو قانونية، بمعنى أنه يستحيل على أي شخص انجاز العمل، ولا عبرة إن اقتصرت الاستحالة على المقاول الفرعي نفسه.

زيادة على ذلك يشترط أن يكون العمل معينا تعينا نافيا للجهالة، و يستفاد هذا الشرط من المادة **94** من القانون المدني. و تعيين العمل يتم من خلال وصفه و بيان نوعه و قدره و طريقة أداءه وكل ما يمكن من إزالة الجهالة و تفادي نشوب أي نزاع بين الطرفين مستقبلا، مثلا إن كان العمل المطلوب بناء منزل فيجب تحديد مساحته و أوصافه و عدد الطوابق به و المواد المستخدمة فيه الى غير ذلك من الأمور التفصيلية.

لكن يكفي لتحقيق شرط التعيين أن يكون العمل قابلا لتعيين، فتنعقد به المقاولة الفرعية متى تضمن العقد الخطوط التي تساعد على تعيينه[1].

و يضاف إلى الشرطين السابقين أن يكون العمل مشروعا وفقا لنص المادة **96** من القانون المدني، فلا يجوز أن يكون العمل الملتزم به مخالفا للنظام العام وللآداب العامة كتهريب بضائع أو نقل مخدرات أو بناء منزل بغرض استخدامه في الألعاب القمار أو ما شابه ذلك من أعمال المحظورة قانونا، فإن كان العمل غير مشروع كانت المقاولة الفرعية و الأصلية باطلة .

**ثانيا: محـل التـزام المقـاول الأصلـي**

يشترط حتى تنعقد المقاولة الفرعية أن تتجه إرادة المقاول الفرعي إلى تقاضي أجرا مقابل العمل المؤدى و إرادة المقاول الأصلي إلى دفع هذا الأجر، و بالتالي فإنه من اللازم تحديد الأجر باعتباره الجانب الثاني لركن المحل في عقد المقولة الفرعية و الالتزام الرئيسي للمقاول الأصلي اتجاه المقاول الفرعي، وبيان الشروط الواجب توافرها فيه، وهذا ما يكون في الآتي:

**أ- الأجـر في عقد المقاولة الفرعية**

إن كانت المادة **556** من القانون المدني استعملت مصطلح "**الأجر**"، فإن بعض التشريعات فضلت استعمال مصطلح "**البدل**"[2] و أخرى أوردت مصطلح "**العوض**"[3].

و الحقيقة أن المصطلحين الأخيرين أشمل من الأول، إذ يمكن أن يكون المقابل عن العمل المؤدى مبلغا من النقود- و هو الغالب- كما يمكن أن يكون حقا عينا أو منفعة أو أي حق مالي آخر.

---

[1] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:40 و ما بعدها.

[2] - عرف القانون المدني الأردني المقاولة في المادة 78 منه بأنها: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الأخر"

[3] -عرفت المادة 78 من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة المقاولة بأنها "عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يـؤدي عملا للطرف الأخر مقابل عوض دون أن يكون تابعا له أو نائبا عنه"

كما يصح أن يكون هذا البدل قيام بعمل أو الامتناع عن عمل، بالإضافة إلى ذلك فإن البدل يشمل مقابل العمل المؤدي ومقابل المادة المستعملة التي يقدمها المقاول الفرعي.

فحبذا لو تدارك المشرع الجزائري هذا الأمر و استعمل مصطلح "**البدل**" كونه يدل أكثر على المعنى المقصود.

**ب- شـروط الأجـر**

لم تتضمن أحكام عقد المقاولة الشروط الواجب توفرها في الأجر إلا أنها تعتبره ركنا لا بد من وجوده في هذا النوع من العقود، مما يحتم الرجوع للقواعد العامة لتحديد هذه الشروط وهو ما سيتم في الأتي:

1- **وجود الأجر وجديته**

بناءا على اعتبار عقد المقاولة الفرعية عقد مقاولة، و ادراجه ضمن عقود المعاوضة التي تقتضي حتما أن يدفع فيها رب العمل - و في حالتنا هذه المقاول الأصلي- مقابلا لما يقدمه المقاول الفرعي من عمل، فإن الأجر باعتباره الالتزام الرئيسي للمقاول الأصلي اتجاه المقاول الفرعي يعد ركنا لا بد من وجود في عقد المقاولة الفرعية، فإن أدى المقاول الفرعي عمله مجانا كيف العقد عندئذ بأنه عقد غير مسمى و ليس بعقد مقاولة.

و اشتراط وجود الأجر في عقد المقاولة الفرعية لا يقتضي بالضرورة اشتراك عقدي المقاولة الأصلية و الفرعية فيه، إنما يستقل كل عقد بتحديد المقابل، كأن يكون المطلوب في عقد المقاولة الفرعية أداء المقاول الأصلي لعمل معين لفائدة المقاول الفرعي، بينما يكون المقابل في عقد المقاولة الأصلية مبلغا من النقود يدفعه رب العمل للمقاول الأصلي، أو يكون الأجر جزافيا في عقد المقاولة الفرعية بينما يكون في عقد المقاولة الأصلية محددا على أساس سعر الوحدة القياسية.[1]

لكن شرط وجود الأجر أو البدل في عقد المقاولة الفرعية يقتضي أن يكون موجودا وقت التعاقد أو سوف يوجد حتما في المستقبل.

فإن كان البدل شيئا معدوما كأن يكون ما تحمله الفرس في بطنها من حمل لاحتمال ولادته ميتا كان العقد باطلا.

أما إذا كان البدل عبارة عن شيء محقق الوجود في المستقبل، كأن يكون ثمار موجودة لكن لم يكتمل نضوجها تماما، صح أن يكون هذا البدل محلا لعقد المقاولة الفرعية، لأن التعامل في الأشياء المستقبلية ممكنة الوجود جائز بنص المادة **192** من القانون المدني.

---

[1]-Alain Benabent, op. cit., p : 1478

و من شروط البدل كذلك أن يكون جديا، و يتحقق ذلك إذا ما اتجهت إرادة المقاول الأصلي إلى دفعه وإرادة المقاول الفرعي لاستيفائه.

فإن كان الأجر صوريا بطل العقد بين الطرفين باعتباره عقد مقاولة، ونفس الحكم يلحقه إذا كان الأجر تافها، حيث يكون من غير المعقول أن يكون مقابلا للعمل المقدم[1].

لكن لا يشترط في الأجر أن يكون مساويا لقيمة العمل، فالمقاولة الفرعية تنعقد بالأجر البخس طالما اتجهت نية المقاول الأصلي إلى دفعه و قبل المقاول الفرعي قبضه منه، و إذا ادعى هذا الأخير أنه لحقه غبن فاحش نتيجة لاستغلاله حق له اللجوء إلى القضاء و الطعن في عقد المقاولة الفرعية من هذا الوجه و المطالبة بتكملة الأجر.

**2- تعيين الأجر و مشروعيته**

ثاني شرط يجب توفره في محل التزام المقاول الأصلي، هو أن يكون الأجر معينا عند إبرام العقد أو على الأقل قابلا للتعيين .

وتعيين الأجر يتم باتفاق الطرفين على تحديده في العقد، فيبينا قيمته إذا كان مبلغا من النقود، و تكون لهما كامل الحرية في تقديره كأن يتفقا مثلا على بناء منزل بمواصفات معينة مقابل أجر إجمالي أو على أساس الوحدة القياسية أو يتفقا على أي طريقة أخرى من طرق تحديد الأجر .

لكن ما هو مصير عقد المقاولة الفرعية إذا لم يتضمن تعيين الأجر المستحق للمقاول الفرعي؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل جاءت بها المادة **562** من القانون المدني، حيث أوجبت الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل و نفقات التي تكبدها المقاول.

و بناء عليه فإن التشريع الجزائري كغيره من التشريعات العربية لم يرتب على تخلف تحديد الأجر سلفا في العقد بطلانه ، كون حل الإشكال القائم حول هذه المسالة ممكن، خاصة و أن عقد المقاولة هو من عقود المضاربة التي لا يتفاوت الأجر فيها تفاوتا يعتد به من عقد لآخر.

لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري باعتماده على قيمة العمل و نفقات المقاول كأسس لتحديد الأجر يكون قد تبنى معيارا شخصيا، فكل شخص يمكن أن يقدر قيمة عمله بما يختلف عن تقدير غيره لنفس العمل.

عكس الحال بالنسبة لبعض التشريعات التي اعتمدت في هذا التحديد معيارا موضوعيا يتمثل في استحقاق المقاول لأجر المثل وقت إبرام العقد مضاف له قيمة المواد .

[1]- د. عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق،ص:30

و مما لا شك فيه أن قيمة العمل تختلف عن أجر المثل، الذي يراد به أجر مقاول آخر في موقع المقاول لو قام بنفس العمل المطلوب انجازه مأخوذا فيه بعين الاعتبار أجر المقاول إن قام بالعمل بنفسه و أجر من قام باستخدامه في انجاز العمل[1].

إلى جانب هذا الشرط تستوجبه القواعد العامة في الأجر باعتباره محل التزام المقاول الأصلي اتجاه المقاول الفرعي سواء كان شيئا أو عملا أو امتناع عن عمل، أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة عملا بأحكام المادة **96** من القانون المدني ، فإن كان المقابل الذي يقدمه مقاول الأصلي للمقاول الفرعي عبارة عن كمية من المخدرات أو قطعة أثرية ممنوع التعامل فيها كان عقد المقاولة الفرعية باطلا بطلانا مطلقا[2].

## الفرع الثاني: المقاولة الفرعية من العقود الخاضعة للقانون الخاص

يظهر تميز عقد المقاولة الفرعية كذلك من خلال اكتسابه لبعض الخصائص الثانوية التي تسمح بإدراجه ضمن تصنيف مغاير لتصنيف عقد المقاولة الأصلية، فيكون لكل عقد الطبيعة القانونية الخاصة به، كأن يكون عقدا مدنيا أو تجاريا أو عقد إداريا، هذا ما سوف يظهر من خلال الفقرتين التاليتين.

### الفقرة الأولى: المقاولة الفرعية ليست بعقد إداري

ينفرد عقد المقاولة الفرعية بخاصية تميزه عن العديد من العقود بما فيها عقد المقاولة الأصلي، إذ يبقى عقد المقاولة الفرعية من العقود الخاضعة للقانون الخاص حتى ولو كان عقد المقاولة الأصلي عقدا إداريا.[3]

و العقد الإداري أو ما يعرف بعقد الأشغال العامة هو العقد المبرم بين أحد أشخاص القانون العام و المقاول الأصلي.

و يعرف الفقه عقد الأشغال العامة عموما بأنه " **عقد تعهد بمقتضاه الإدارة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار مقابل أجر و تحقيقا للمنفعة العامة".**

و على هذا الأساس يشترط في عقد الأشغال العامة أن ينصب على عقار و أن يتم لحساب شخص معنوي عام و أن يبرم بهدف تحقيق منفعة عامة.

و بالتالي فإن تكييف عقد ما بأنه من عقود الأشغال العامة يتحدد تبعا لصفة رب العمل إذ يشترط فيه أن يكون شخصا من أشخاص القانون العام، أما صفة المقاول فلا أهمية لها في هذه العملية.

---

[1] - د. عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص:75.

[2] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:47.

[3] -HUGUES PERINET–MARQUET, JEAN–BERNARD UABY,droit de l'urbanisme et de la construction, 7édion Montchrestien, 2006,n°1332-1,p:601

ومما لا شك فيه أن للتفرقة بين العقود الإدارية و العقود المدنية أهمية كبيرة، إذ على ضوئها يتحدد القانون الذي يحكم كل نوع و الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة بشأنه.

و عقد الأشغال العامة باعتباره عقدا إداريا، فإنه لا يخضع لأحكام القانون المدني سواء لتلك الواردة في النظرية العامة للعقد أو في أحكام عقد المقاولة إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع قواعد القانون العام.

كما أن المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية و القائمة بين الإدارة و المقاول الأصلي فتختص بها وجوبا الجهات القضائية الإدارية.

أما بالنسبة لعقد المقاولة الفرعية فنتيجة لاعتباره من عقود القانون الخاص، فإنه يخضع بذلك للقواعد المقررة في هذا القانون، و من أهمها أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين.

كما يجعل المقاولين الفرعيين المشاركين في تنفيذ الصفقة العمومية في علاقتهم مع المقاول الأصلي خاضعين للقانون الخاص، و المنازعات الناشئة بينهم و بين المقاول الأصلي من اختصاص القضاء العادي.

و يكون بذلك القاضي المدني هو المختص وحده و دون غيره بالنظر في المنازعات الناشئة بسبب تنفيذ عقد المقاولة الفرعية كالدعاوى المتعلقة بمسؤولية المقاول الفرعي .

و قد دأب القضاء الفرنسي على منح القاضي المدني سلطة الفصل في المنازعات القائمة بين المقاول الفرعي و المتنازل له ، و كذا تلك القائمة بين المقاول الفرعي و مؤمني رب العمل، حتى و إن تعلق الأمر بصفقة عمومية و كان رب العمل من أشخاص القانون العام.

و نتيجة لذلك لا يمكن للمقاول الأصلي إدخال المقاول الفرعي في الخصومة التي أقامها ضده رب العمل أمام القضاء الإداري .

كما لا يتقيد القاضي الإداري عند عرض النزاع عليه بما ورد في الأحكام الصادرة عن القضاء المدني من تقدير للوقائع، و ما قضى به من مسؤوليات ناجمة عن الإخلال بعقد المقاولة الفرعية .

عكس الحال بالنسبة للمقاول الفرعي إذ يمكنه التمسك أمام القاضي المدني بالأحكام الصادرة عن القضاء الإداري و القاضية بمسؤولية المقاول الأصلي[1].

---

[1] -HUGUES PERINET–MARQUET, JEAN–BERNARD UABY,op.cit ,n°1332-1, p:601

### الفقرة الثانية: المقاولة الفرعية عقد تحكمه قواعد القانون خاص

توصف العقود في إطار القانون الخاص إما أنها مدنية أو أنها تجارية، لكن في بعض الحالات يتوفر في العمل الواحد طبيعة العمل التجاري بالنسبة لطرف و طبيعة العمل المدني بالنسبة للطرف الثاني، فيكون بذلك عملا تجاريا اتجاه طرف و مدنيا اتجاه الطرف الآخر، فيطلق عليه عندئذ اسم العمل المختلط .

و لا يخرج عقد المقاولة الفرعية عن هذا الإطار، فيوصف أحيانا بأنه عقد مدني و أحيانا بأنه عقد تجاري و في أحيان أخرى بأنه عقد مختلط .

و متى كان على إحدى هذه الصور أمكن تشابهه مع عقد المقاولة الأصلي، فيكون كلا عقدين من طبيعة مدنية أو تجارية.

لكن قد يحدث أن يأخذ كل واحد منهما وصفا مغايرا للآخر، كأن يكون عقد المقاولة الأصلية عقدا تجاريا بينما يكون عقد المقاولة الفرعية عقدا مختلطا ، فيستقل كل عقد بأحكام خاصة به سواء من حيث القواعد الموضوعية التي تحكمه أو القواعد الشكلية كالاختصاص مثلا.

و بناء عليه يتخذ عقد المقاولة الفرعية ثلاثة أوصاف نتعرض لكل منها في ما يلي:

#### أولا- الصفة المدنية لعقد المقاولة الفرعية و نتائجها

قد يوصف عقد المقاولة الفرعية بأنه عقد مدني تحكمه القواعد الواردة في القانون المدني ، و هو الأصل العام على اعتبار أن هذا الأخير هو الشريعة العامة واجبة التطبيق على جميع المعاملات.

و يتحقق هذا الوصف عندما يكون كل من المقاول الأصلي و المقاول الفرعي ليس بتاجرين و لم يقوما بعمل يعتبره القانون التجاري من أعمال التجار، كأن يكون موضوع العقد عمل من أعمال المهن الحرة.

و يترتب على اعتبار عقد المقاولة الفرعية عقدا مدنيا، أن يقوم الدائن و قبل لجوءه إلى القضاء باعذار مدينه عند تأخره في تنفيذ التزامه، لأن القاعدة العامة في القانون المدني هي أن مجرد تأخر المدين عن تنفيذ التزامه لا يكفي لاعتباره مقصرا.

كما أن عدم مطالبة الدائن بحقه عند حلول الأجل هي قرينة على قبوله تمديد هذا الأجل، و حتى يفند الدائن هذه القرينة يجب عليه أن يعبر من جديد عن رغبته في استيفاء حقه و ذلك بتوجيه اعذرا لمدينه، فإن بقي هذا الإعذار بدون نتيجة حق له اللجوء إلى القضاء المدني وإقامة دعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدين أي المدعى عليه وفقا للمادة **8** من قانون الإجراءات المدنية .

و أثناء نظر الدعوى يتقيد كل طرف بقواعد الإثبات المقررة في المواد 323 و ما يليها من القانون المدني ،و التي تلزم الإثبات بالكتابة الاتفاقات التي تفوق قيمتها 100.000 دج ، كما لا يجوز لأي طرف إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة .

ضف إلى ذلك أنه من المقرر قانونا ومستقر عليه قضاءا عدم جواز إجبار أي شخص على تقديم دليل ضد نفسه أو اصطناع دليل لنفسه.[1]

و تنتهي القضية على مستوى المحكمة بصدور حكم ابتدائي غير قابل للتنفيذ إلا إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل.

و يحق لخاسر الدعوى استئناف هذا الحكم أمام الغرفة المدنية بالمجلس القضائي ، ليصدر هذا الأخير قرارا نهائيا حائزا لقوة الشيء المقضي به و قابلا للتنفيذ.

**ثانيا- الصفة التجارية للعقد و نتائجها**

أحيانا قد يكون لعقد المقاولة الفرعية طابعا تجاريا بالنسبة لكلا الطرفين ، لكن متى يتحقق ذلك؟

إن للتفرقة بين العمل التجاري و العمل المدني أهمية بالغة، لكنها صعبة في ذات الوقت كون التعدد القانوني للإعمال التجارية قد ورد على سبيل المثال لا الحصر، فالأعمال التجارية في تطور و تزايد مستمرين و ليس من السهل على المشرع التجاري الإلمام بها و حصرها .

هذا الأمر اضطر الفقه إلى بحث في معايير التمييز بين الأعمال التجارية و الأعمال المدنية، ومن ثمة اقترحت ثلاثة معايير للتعريف بالعمل التجاري.

يتمثل الأول في معيار **المضاربة** و مفادها أن "**العمل التجاري هو كل عمل أنجز بهدف تحقيق الربح** ".

غير أن جانبا آخر من الفقه انتقد هذا المعيار و اقترح معيار **تداول الأموال** بمعنى أنه " **يعد عملا تجاريا كل عمل يدخل فيه تداول الأموال** أي **كل عمليات الوساطة في الإنتاج و الاستهلاك النهائي لمنتوج ما**"

لكن هذا المعيار لم يسلم هو الأخر من الانتقادات و قدم بدلا منه معيار **المقاولة** أو ما يعرف في بعض التشريعات "**بالمشروع**" أي entreprise و يقصد بها " **استعمال وسائل الإنتاج في منظمة دائمة أسست على منشأة مادية** ".

---

[1]- د. حلو أبو الحلو، القانون التجاري الجزائري – الأعمال التجارية و التاجر، ديوان المطبوعات الجامعية 1992، ص: 124 و ما بعدها.

و مهما ورد بالدراسات الفقهية ، يظهر من أحكام القانون التجاري وجود نوعين من الأعمال التجارية:

النوع الأول: **الأعمال التجارية الموضوعية** و تضم أعمال تجارية بذاتها، فهذه الأعمال تصبغ بهذه الوصف بالنظر لطبيعتها الخاصة أو لخصائصها الجوهرية أو لغرضها، وقد عددت بعضها المادة 2 من القانون التجاري كمقاولة للبناء أو الحفر أو التمهيد الأرض، و مقاولة صنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية .

كما تشمل كذلك الأعمال التجارية بحسب شكلها و بغض النظر عن صفة القائم بها مثل ما هو الحال بالنسبة لعمل وكالات و مكاتب الأعمال .

أما النوع الثاني يتمثل في الأعمال التجارية بالتبعية، حيث يوصف عمل ما بأنه تجاري إذا ما قام به تاجر ولأمر يتعلق بممارسة تجارية أو لحاجات متجره فتكون تابعة لهذين العنصرين.

و يرى الفقه أن تطبيق أحكام خاصة على العمل التجاري و على التجار غير تلك التي تسري على العمل المدني وعلى غير التجار، فيه تدعيم للائتمان و حماية للدائن ومنحه ضمانات من جهة، وأخرى تبسيط للمعاملات التجارية و سرعة انجاز[1].

و من نتائج اعتبار عقد المقولة الفرعية عقدا تجاريا خضوعه مبدئيا لقواعد القانون التجاري، فإن سكت هذا الأخير عن حكم مسألة معينة وجب الرجوع إلى القانون المدني و أعراف المهنة[2].

كذلك اكتساب الشخص محترف العمل التجاري صفة التاجر[3].

و من ثمة يلزم كلا الطرفين بالقيد في السجل التجاري و مسك دفاتر التجارية ، كما يطبق عليهما نظام الإفلاس والتسوية القضائية في حالة توقف عن دفع الديون.

و قد جرى العرف التجاري على اعتبار المدينين بدين تجاري متضامنين، هو ضمان جوهري للدائن حتى يتمكن من مطالبة أي واحد منهم بالدين المشترك كاملا.

كما يقضي العرف التجاري بأنه لا حاجة لتوجيه إعذار للمدين المتخاف عن دفع ديونه ، فهذه الأخيرة مستحقة بمجرد حلول الأجل، لكن إن تم هذا الإعذار فيجوز توجيهه شفاهة أو بمجرد خطاب

---

[1] -د. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية – التاجر – الحرفي – الأنشطة التجارية المنظمة – السجل التجاري ، نشر و توزيع ابن خلدون، النشر الثاني، 2003 ، ص: 53.

[2] - أنظر المادة1 من أمر75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر، 1975 المتضمن القانون التجـاري، المنـشور بالجريـدة الرسـمية عدد101 المؤرخة في 19ديسمبر1975، المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 6 فبراير2005، الجريـدة الرسـمية العدد11 المؤرخة في 9 فبراير 2005.

[3] - أنظر المادة 1 مكرر من أمر75-59

عادي و ليس من الضروري القيام به عن طريق المحضر القضائي، نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل .

و الأكيد أنه عند عدم امتثال المدين، حق للدائن المتحصل على رهن كضمان لهذا الدين التجاري التنفيذ على الشيء المرهون ببيعه بالمزاد العلني دون حاجة إلى حكم نهائي أو إذن من القضاء .[1]

أما في غير هذه الحالة فيجب على الدائن اللجوء إلى القضاء، لكن ماهية الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى التجارية ؟

بالنسبة للاختصاص المحلي يعطي المشرع للمدعي الخيار بين ثلاثة محاكم ، فله أن يلجأ إلى المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد، أو المحكمة التي تم الوفاء في دائرة اختصاصها، أو محكمة موطن المدعي عليه .[2]

أما بالنسبة للاختصاص النوعي، فباعتبار النظام القضائي الجزائري قائم على وحدة المحاكم و المجالس القضائية، فالمحكمة هي أول درجة للتقاضي تختص بالفصل في كل النازعات سواء كانت مدنية أو تجارية، حتى و إن وجد داخلها فروع أو أقسام كالقسم المدني و القسم التجاري و القسم العقاري، فهذه الأقسام ليس لها كيان مستقل و إنما تم إنشائها من باب تقسيم العمل بين القضاة .

و على هذا الأساس فإن عرضت على القاضي المدني دعوى تجارية، فلا يجوز له أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم الاختصاص النوعي، و إنما جرى العمل على أن للقاضي الخيار بين إحالة القضية أمام القسم التجاري لنفس المحكمة وإما الفصل فيها، و يكون حكمه صحيحا على اعتبار أن المحاكم هي جهات قضائية لها الولاية العامة، مع إلزام المدعي بدفع باقي رسوم تسجيل.

و متى انعقدت الخصومة جاز للطرفين إثبات ادعاءاتهما مهما كانت قيمتها بكل طرق الإثبات كالبينة و القرائن و الدفاتر التجارية و المراسلات و فواتير إلى غير ذلك من وثائق، اعتمادا على مبدأ حرية إثبات المعاملات التجارية المكرس قانونا و الذي تقتضيه الثقة و الائتمان من جهة و تأمين السرعة في هذه المعاملات و تبسيط إجراءاتها من جهة أخرى.

و نتيجة لذلك يجوز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز المكتوب بديل غير كتابي، كما يجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين دون اشتراط وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

---

[1] - د. فرحة زراوي صالح ، المرجع السابق، بند 46 ص: 67، و بند 52 ص: 72

[2] - أنظر المواد 8 و9 من قانون الإجراءات المدنية.

ضف إلى ذلك، فإن إدراج المشرع التجاري للدفاتر التجارية ضمن وسائل الإثبات فيه خروج عن القواعد العامة، إذ باعتمادها يكون التاجر قد اصطنع دليلا لنفسه، كما يكون من حق خصمه إلزامه بتقديم هذه الدفاتر ليستخلص منها دليلا لمصلحته و من ثمة يكون التاجر قد قدم دليلا ضد نفسه.[1]

**ثالثا_ المقاولة الفرعية عقد مختلط**

قد يكون لعقد المقاولة الفرعية طابعا مختلطا، و يتحقق ذلك عندما تتوفر فيه طبيعة العمل التجاري من جانب طرف و طبيعة العمل المدني من جانب الطرف الآخر، فيكون عقدا تجاريا بالنسبة للمقاول الأصلي و مدنيا بالنسبة للمقاول الفرعي.

وتثير هذه الحالة إشكالات أهمها تلك المتعلقة بالاختصاص القضائي و كذا قواعد الإثبات.

فمن المهم بداية معرفة الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع المتعلق بالعقد المقاولة الفرعية المختلط بالرغم أن النظام القضائي الجزائري قائم على الوحد.

و تحديد القسم المختص بالفصل في هذا النزاع يقتضي الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل بالنسبة للمدعي عليه في القضية، فإن كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعى عليه حق للمدعي الخيار بين القسم المدني و القسم التجاري، أما إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للمدعى عليه، فلا يجوز للمدعى سوى رفع دعواه أمام القسم المدني.

فلو فرضنا أن عقد المقاولة الفرعية عقدا تجاريا بالنسبة للمقاول الأصلي و مدنيا بالنسبة للمقاول الفرعي، و ثار نزاع بينهما استوجب مقاضاة المقاول الفرعي للمقاول الأصلي، كان الأول مخيرا بين رفع دعواه أمام القسم المدني أو القسم التجاري.

أما إن كان رافع الدعوى هو المقاول الأصلي كان ملزما بعرضها على القسم المدني التابع للمحكمة المختصة .

و تجدر الإشارة إلى أن الخيار بين القسم المدني أو القسم التجاري ليس من النظام العام، فيجوز للطرفين الاتفاق على طرح أي نزاع محتمل بخصوص تنفيذ عقد المقاولة الفرعية إلى أحد القسمين دون الأخر عن طريق إدراج شرط الاختصاص القضائي clause attributive de compétence فهذا جائز قانونا و معمول به قضاءا.

لكن أن كان من حق طرفي العقد تجاوز قواعد الاختصاص، فهل يجوز لهما مخالفة قواعد الإثبات ؟

الإثبات تحكمه قاعدتان أساسيتان فهو حر في المعاملات التجارية و مقيد في المسائل المدنية.

---

[1] - د. فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية – التاجر – الحرفي، ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ،1994 بند 66 -1 ص:128.

لكن بالنسبة للأعمال المختلطة فعلى الطرف الذي يعتبر العمل تجاريا من جانبه التقيد بقواعد الإثبات الواردة في القانون المدني، في حين يجوز للطرف الذي يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له إثبات ادعاءاته بكافة طرق الإثبات المقبولة تجاريا بما فيها البنية و القرائن، و هذا بغض النظر عن القسم المطروح أمامه النزاع، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك على اعتبار أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام.[1]

[1]- د. حلو أبو الحلو، المرجع السابق،ص: 114 و مايليها.

# الفصل الثاني: أثار عقد المقاولة الفرعية

سبق البيان أن المقاولة الفرعية عملية تقتضي وجود ثلاثة أطراف على الأقل رب العمل و المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، الأمر الذي يجعل هؤلاء الأطراف مرتبطين فيما بينهم سواء بمقتضى أحكام عقدية أو نصوص قانونية، فالمقاولة الفرعية حتى و إن كانت عقدا من الباطن تبقى عقد مقاولة تحكمه مبدئيا القواعد التي أقرها المشرع بخصوص هذا النوع من العقود.

كذلك سبق القول إن وجود عقد المقاولة الفرعية لا يؤثر في عقد المقاولة الأصلية، و لا على الإلتزامات الملقاة على عاتق أطرافها، حيث يبقى المقاول الأصلي موجودا في العملية العقدية وملزما بتنفيذ التزاماته اتجاه رب العمل و مسؤولا من أي إخلال صادر منه شخصيا أو من أحد تابعيه أو مساعديه بما فيهم المقاول الفرعي.

و مع ذلك فإن العلاقة الواقعية التي تربط بين المقاول الفرعي و رب العمل جعلت المشرع يتدخل ليقر حقوقا للمقاول الفرعي يمارسها اتجاه رب العمل و المقاول الأصلي معا.

و من هذا المنطلق سيتم عرض هذا الفصل في مبحثين، أتطرق في الأول إلى خضوع عقد المقاولة الفرعية للأحكام العامة المقررة لعقد المقاولة، في حين أتناول في المبحث الثاني الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي.

## المبحث الأول: خضوع عقد المقاولة الفرعية لأحكام عقد المقاولة

يعتبر عقد المقاولة الفرعية عقد مقاولة، لهذا السبب يجمع الفقه و القضاء على اعتبار علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي مبدئيا هي علاقة رب العمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة الفرعية ، و لو تم هذا العقد خلافا لشرط مانع متفق عليه في عقد المقاولة الأصلية ، أو تضمن شروطا مغايرة لتلك الواردة في عقد المقاولة الأصلية، لأن عملية المقاولة الفرعية تقتضي وجود عقدي مقاولة معا، و ليس من الضروري أن يكون هذين العقدين متطابقين ، بل غالبا ما يكونا مختلفين من عدة نواحي كأن تكون الأجرة في عقد المقاولة الفرعية أقل من الأجرة في عقد المقاولة الأصلية ، أو يرد شرط جزائي في عقد المقاولة الفرعية و ينتفي في عقد المقاولة الأصلية .

إن أخذ المقاول الأصلي في علاقته بالمقاول الفرعي مركز رب عمل، يجعل ملزما بجميع التزامات التي يرتبها عقد المقاولة عموما على رب العمل من تسلم العمل بعد انجازه و دفع الأجر.

كما أن أخذ المقاول الفرعي في علاقته بالمقاول الأصلي مركز المقاول يجعله ملزما بجميع التزامات المقاول في عقد المقاولة من انجاز العمل المتفق عليه و تسليمه للمقاول الأصلي، و التزامه بالضمان العام.

و لتوضيح هذه الالتزامات و ما يترتب على مخالفتها، يقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين يخصص الأول لالتزامات كل طرف من طرفي عقد المقاولة الفرعية، بينما يتناول المطلب الثاني الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات.

### المطلب الأول: التزامات أطراف عقد المقاولة الفرعية

إن عقد المقاولة الفرعية من العقود الملزمة للجانبين، فهو يرتب التزامات في ذمة كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، ولبحث التزامات كل طرف – و التي تعتبر في ذات الوقت حقوق الطرف الأخر- يقسم هذا المطلب إلى فرعين يخصص الأول لالتزامات المقاول الفرعي و الثاني لالتزامات المقاول الأصلي.

#### الفـرع الأول: التزامـات المقـاول الفرعـي

حددت المواد من **550** إلى **554** من القانون المدني الالتزامات الأساسية للمقاول ، و هي نفسها تلك التي تقع على عاتق المقاول الفرعي و المتمثلة في انجاز العمل المتفق عليه و تسليم هذا العمل بعد انجازه و ضمان خلو هذا العمل من عيوب، و التي سوف يتم شرحها في الفقرات الثلاث التالية:

### الفقرة الأولى: إلتزام المقاول الفرعي بانجاز العمل المتفق عليه

رغم أن المشرع الجزائري لم يخصص نصا صريحا لالتزام المقاول بانجاز العمل، خلافا لكثير من التشريعات العربية، إلا أنه يبقى أهم التزام يرتبه عقد المقاولة سواء كان عقدا أصليا أو فرعيا على عاتق المقاول.

و يظهر للوهلة الأولى أن هذا الالتزام بسيط و واضح، إلا أن دراسته تقتضي التطرق لجملة من المسائل كطريقة التنفيذ و وسائله والعناية الواجب بذلها في ذلك و الجزاء المترتب على الإخلال به، هذا ما سيتم توضيحه في الآتي:

#### أولا- طريقة تنفيذ العمل

من البديهي أن يكون المقاول الفرعي ملزم بإنجاز العمل المعهود إليه حسب الطريقة المتفق عليها و طبقا للشروط الواردة في عقد المقاولة الفرعية[1].

لكن ماذا لو لم يتفق الطرفين على طريقة معينة للتنفيذ في عقد المقاولة الفرعية ؟

يرى الأستاذ السنهوري أنه " **في هذه الحالة وجب إتباع العرف و بخاصة أصول الصناعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن ."[2]**

حسب رأي البعض فإن هذا الحل يكون مقبولا لو كنا بصدد عقد مقاولة واحد، أما و نحن أمام عقدي مقاولة يتبع أحدهما الأخر و يتعلقان بالعمل ذاته سواء في جزءه أو كله، فإنه من الضروري الرجوع أولا إلى عقد المقاولة الأصلية ثم بعد ذلك البحث في الطريقة المتعارف عليها للتنفيذه، لأنه من غير الجائز مخالفة الشروط الرئيسية للعقد الأصلي و لا سيما تلك المتعلقة بطريقة التنفيذ،خاصة إذا اشترط فيه يكون أن ينفيذ العمل حسب التصميمات المقدمة من قبل رب العمل أو وفقا لما ارتضاه.

و الملاحظ أنه في الحياة العملية حتى يتفادى التعارض في كيفية تنفيذ العمل ، يدرج المقاول الأصلي شرطا في عقد المقاولة الفرعية يلزم بموجبه المقاول الفرعي باحترام العقد الأصلي و بالخصوص في ما جاء به من اشتراطات حول موضوع التنفيذ، حيث يجعل هذا عقد المقاولة الاصلية جزء لا يتجزأ من عقد المقاولة الفرعية.

و إذا تبين للمقاول الأصلي أن المقاول الفرعي يؤدي العمل المعهود إليه بطريقة معيبة أو منافية لشروط العقد، حق له بصفته رب العمل حسب نص المادة **553** من القانون المدني أن ينبهه

---

1 - تنص المادة 666 من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة: " على المقاول أن ينجز العمل طبقا للشروط الواردة في عقد المقاولة، و في المدة المتفق عليها، فإن لم تكن هناك شروطا و لم يتفق على مدة التزم بانجازه وفقا للأصول المتعارف عليها و في المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل مع مراعاة عرف الحرفة ......"

2 - الأستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ص: 217 .

للمخالفات المرتكبة، و ينذره - إذا ما رأى أن إصلاح العيوب ممكنة- بوجوب تصحيح طريقة التنفيذ خلال أجل محدد و معقول[1].

فإذا انتهى هذا الأجل دون أن ينصاع المقاول الفرعي لأوامر المقاول الأصلي، جاز لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء المستعجل لطلب أمر المقاول الفرعي بالتوقف عن الأشغال باعتباره إجراءا تحفظيا سريعا، و اللجوء إلى قاضي الموضوع ليطلب إما فسخ عقد المقاولة الفرعية أو الترخيص له بأن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الفرعي.

صحيح أن هذه الأحكام ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة في المادة 170 من القانون المدني[2] ، التي تجيز للدائن إذا ما كان التنفيذ ممكنا و لم يقم به المدين طلب ترخيص من القاضي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، و مع ذلك حرص المشرع على إدراجها في نص خاص، كما دأب القضاء على تطبيقها[3] .

و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد استدرك الحالة التي يكون فيها العيب أو المخالفة من الجسامة بحيث لا يمكن إصلاحه، فأضافة في تعديله للقانون المدني سنة **2005** فقرة ثانية للمادة **553** ليجيز من خلالها للمقاول الأصلي اللجوء على القضاء مباشرة دون الحاجة إلى إنذار المقاول الفرعي و تحديد أجل له و يطلب فسخ العقد [4].

و الواقع أنه حتى و إن نصت هذه الفقرة على الفسخ وحده، فالأمر متروك لسلطة القاضي التقديرية في كلتا الحالتين ، فالمقاول الأصلي ملزم باللجوء إلى القضاء و إثبات نواحي انحراف المقاول الفرعي عن التنفيذ السليم و المطابق الشروط العقد و الاصول الفنية و العرف و حسن النية و القانون و العدالة حسب ما تقتضيه المادة **107** من القانون المدني .

---

[1] - يعتبر القضاء الجزائري أن الأجل شرط لصحة الإنذار، لأن بانتهائه تتخذ باقي الإجراءات، حيث جاء بأحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: " بالرجوع إلى القرار المطعون فيه و السندات المرفقة به، يتبن أن الطاعن لم يقم بالإجراءات المنصوص عليها في المادة 553 من قانون المدني ، و اكتفى بتوجيه رسالتين للمطعون ضده يطلب ضمنها من هذا الأخير استئناف الأشغال الموقوفة ، تلك الرسالتين لا تعتبر في حد ذاتها وسيلة إثبات إذ أنه لا يجوز صنع الأدلة بنفسه لنفسه .... و من كان كذلك استوجب رفض الطعن " قرار رقم **51553** صادر في **87 /11/11** في قضية خ .ع ضد و.م.م – المجلة القضائية العدد 3 سنة 1992 ص: 23 .

[2] - الصحيح هي المادة 170 و ليس المادة 180 كما جاء في نص المادة 553 من القانون المدني.

[3] - جاء في قرار رقم 152934 صادر بتاريخ 11 مارس 1989 قضية ( م.ت.س.ت ع) ضد ( س.ب-س ش ) " لما كان ثابت في قضية الحال أن الطاعنة لجأت إلى مقاول أخر الذي قام بتنفيذ ما التزم به المطعون ضدهما المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقدة عليها دون أن تلجأ الطاعنة إلى القضاء لتطلب ترخيصها لتنفيذ الالتزام حسب ما يقتضيه القانون ، و من ثمة فإن النص القرار يتجاوز السلطة و مخالفة القانون غير سديد و يستوجب الرفض " . المجلة القضائية العدد 1 سنة 1998 . ص 109 .

[4] - جاء في الفقرة الثانية من المادة 553 من القانون المدني بعد تعديله بموجب الأمر قانون 05-10 المـؤرخ فـي 20 يونيـو 2007 جريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 23 يوليو 2005 :"غير أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون الحاجة الى تعيـين أجل إذا كان في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا" .

و الملاحظ أن بعض القوانين و أن تضمنت الأحكام الواردة بالمادة أعلاه، فإنها تزيد عليها حالة التي يكون العيب في طريقة التنفيذ ليس من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود منه، فتجيز للقاضي عندئذ رفض طلب الفسخ المقدم من المقاول الأصلي و الحكم له بالتعويض فقط أن كان له مقتضى.[1]

و رغم خلو المادة **553** من هذه الحالة ، فللقضاء كامل السلطة في تقدير وقائع النزاع، و هو ما يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ **1990/06/13،** و الذي ورد فيه أنه " **لما كان الثابت في قضية الحال أن أحد طرفي عقد المقاولة قصر في تنفيذ التزاماته، و من ثم فإن القضاة عندما أمروا بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بدلا من أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزاماته، يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[2].**

والجدير بالذكر أن المشرع أراد من خلال المادة أعلاه أن يعطي للمقاول الأصلي في عقد المقاولة الرعية حق الإشراف على العمل و التدخل في الوقت المناسب لإيقاف العمل المعيب، و في ذلك مما لا شك فيه ربح للجهد و الوقت و المال، فإصلاح العيب عند اكتشافه أحسن من الاستمرار فيه حتى نهاية العمل و رفض المقاول الأصلي له، و من ثمة تتحقق مصلحة الطرفين بما فيها المقاول الأصلي لأن سكوته على التنفيذ المعيب للعمل يكون مسؤولا عنه أمام رب العمل ، و لا يعطيه سوى الحق في رفض العمل المعيب و فسخ العقد، دون الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان يمكن تجنبها لو أنه نبه المقاول الفرعي إليها.[3]

### ثانيا- وسائـل التنفيـذ

الأكيد أن تنفيذ المقاول الفرعي للعمل المسند إليه يقتضي غالبا توفير بعض الآلات والمعدات و المواد و الأمر الذي يثير تساؤل من من المتعاقدين ملزم بإحضارها ؟

يتضح من المادتين **550 و 552** من القانون المدني أن المشرع يفرق بين الآلات و الأدوات التي يستخدمها المقاول في انجاز العمل و بين المادة التي يستعملها أو يستعين بها في ذلك.

بالنسبة للأولى فالمادة **550** تقضي صراحة أن الأصل أن يأتي المقاول - و حالة المقاولة الفرعية المقاول الفرعي- بما يحتاجه من الآلات و أدوات إضافية، و يتحمل كل النفقات الناجمة عن ذلك لوحده.

---

[1] - نصت على هذه الحالة المادة 667 من القانون المدني لدولة الإمارات المتحدة العربية

[2] - قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/13 في الملف رقم 489 .61 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1991 العدد 4 ص: 65 .

[3] - د. عدنان إبراهيم عدنان، المرجع السابق، ص:35

لكن يرد على هذا الأصل استثنائيين باعتبار أن النص أعلاه ليس من النظام العام، إذ يجوز للأطراف مخالفته بالاتفاق على تحميل المقاول الأصلي عبأ إحضارها و على نفقته، أو في حالة موجود عرف يقضي بأن رب العمل هو الذي يقدم الأدوات و المعدات اللازمة لإنجاز العمل فيلزم المقاول الأصلي عندئذ بتسليمها للمقاول الفرعي بعد حصوله عليها من رب العمل.

و الملاحظ أن نص المادة **552** أشار فقط على الآلات و الأدوات الإضافية، عكس الحال بالنسبة لبعض التشريعات الأخرى التي أوردت عبارات أشمل[1] ، و مع ذلك يطبق الحكم نفسه على اليد العاملة و المساعدين الذين يستخدمهم المقاول الفرعي ، فيلزم هذا الأخير بإحضارهم و على نفقته ما لم يقض اتفاق أو العرف بخلاف ذلك[2].

و يجوز كذلك لرب العمل الحقيقي أن يقدم هذه الآلات و الأدوات تنفيذا لتعهده ، فيلزم عندئذ بتسليمها بذاتها إلى المقاول الأصلي، ليسلمها هذا الأخير بذاتها إلى المقاول الفرعي الذي يجب عليه تسلمها و إلا كان مخلا بالتزامه بانجاز العمل.

أما بالنسبة للمواد المستعملة في انجاز العمل، فالأصل أنها تقدم من قبل رب العمل عملا بنص المادة **550** من القانون المدني ما لم يتفق على خلاف ذلك، و بناء عليه فلا يلزم المقاول بتقديم المادة كلها أو جزء منها إلا إذا تعهد بذلك صراحة .

و تطبيقا لهذا الحكم على العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن، فإنه إذا لم يتعهد المقاول الأصلي في عقد المقاولة الأصلية بتقديم المادة، فإنه لا يصح أن يتعهد المقاول الفرعي بتقديمها في عقد المقاولة الفرعية لأنه في هذه الحالة يلزم رب العمل بتقديمها إلى المقاول الأصلي.

أما إذا تعهد المقاول الأصلي بتقديمها في العقد الأصلي، فيمكنه بعد ذلك أن ينقل هذا الالتزام إلى المقاول الفرعي فيلزمه بتقديمها أو ينفذ هذا الإلتزام شخصيا[3].

و أن كان النص أعلاه لم يتضمن كيفية اختيار المقاول الفرعي للمادة التي تعهد بتقديمها، فإنه وفقا للقواعد العامة وجب عليه أن يرعي في ذلك الشروط و المواصفات المتفق عليها، فإن لم يرد اتفاق بشأنها وجب أن تكون المادة مستوفيه للغرض الذي أعدت له[4] .

أما عن جودة المادة المقدمة فالأولوية في تحديدها لما اتفق عليه أو ما هو متعارف عليه، فإذا لم يرد اتفاق و لا عرف في هذا الشأن، ألزم المقاول الفرعي بتقديم مادة من جودة متوسطة ضمانا

---

[1] -أورد المشرع المصري في المادة 648 من القانون المدني عبارة "مهامات" و تشمل العمال و المساعدين بالإضافة الى الأدوات

[2] - د. السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 122 ص : 217.

[3] -أ. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 49 .

[4] - د. السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 122 ص : 217

لمصلحة الطرفين، لأنه لو كانت المادة من جودة متدنية أضر ذلك بالمقاول الأصلي، و إن كانت من جودة عالية تضرر المقاول الفرعي.

و عندما يقدم المقاول الفرعي المادة يلزم بضمان جودتها و خلوها من أي عيب خفي، ما عدا العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه.

أما بالنسبة للمادة التي يقدمها رب العمل أو المقاول الأصلي، فيلزم المقاول الفرعي بالمحافظة عليها و مراعاة أصول الفن في استخدامها و يقدم حسابا لمقاول الأصلي عن كمية المادة التي استعملها و يرد ما بقي منها.

كما يكون المقاول الفرعي مسؤولا عما قد يصيب المادة و يجعلها غير صالحة للاستعمال بسبب إهماله أو نقص كفاءته المهنية ، فيلزم عندئذ يرد قيمتها و التعويض إن كان له مقتضى.

**ثالثا- العناية المطلوبة في إنجاز العمل و مدته**

إن التزام المقاول الفرعي بإنجاز العمل قد يكون التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق غاية ، فلا وجود لقاعدة عامة تحكم جميع عقود المقاولات، فالمقاول المتعهد بتشييد بناء أو هدمه ملزم بتحقيق نتيجة إذ يتوجب عليه تنفيذ عمله و تحقيق الغاية المحددة له، أما لو عهد إلى المقاول الفرعي بترميم بعض الأبنية الأثرية، ففي هذه الحالة لا يلزم بتحقيق نتيجة إنما يتوجب عليه بذل العناية اللازمة لإتمام العمل و جعله مشابها قدر المستطاع لما كان عليه في السابق[1].

و العناية المطلوبة من المقاول الفرعي هي عناية الشخص العادي، فيعتبر قد وفى بالتزامه عند بذل هذه عناية و لو لم يتحقق الغرض المقصود.

عكس الحال بالنسبة للالتزام بتحقيق غاية فلا تبرأ ذمة المقاول الفرعي إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة و أنجز العمل المطلوب.

و من التزامات الثانوية المفروضة على المقاول الفرعي في هذا الصدد، انجاز العمل المتفق عليه في المدة المعقولة،.

و إن كان المشرع الجزائري لم ينص على هذا الالتزام الثانوي بمناسبة تنظيمه لأحكام عقد المقاولة، فإن الفقه يجمع عليه، حيث تقدر المدة المعقولة حسب طبيعة العمل و مقدار ما يقتضيه من دقة و تبعا لعرف الحرفة2.

---

[1] -أ. نعيم مغبغب ، المرجع السابق ، ص:46 .

[2] - د. عدنان إبراهيم عدنان ، المرجع السابق ، ص: 38 .

**رابعا- جزاء الإخلال بالالتزام بالتنفيذ**

تقضي المبادئ العامة أنه متى التزم المدين طوعا و عن إرادة حرة و سليمة كان متحملا لكل إخلال منه بهذا الالتزام و مسؤولا عن نتائجه ، و الأكيد أن هذا الأمر ينطبق أيضا على المقاول الفرعي، فبعد تعهده بالإنجاز العمل محل عقد المقاولة الفرعية وجب عليه تنفيذ ذلك و إلا كان مسؤولا عن أي تأخر في الانجاز أو تنفيذ معيبا له و هو ما سيتضح مما يلي:

**أ - حالة التأخر في التنفيذ**

تبين مما سبق أن المقاول الفرعي ملزم بانجاز العمل في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة حسب العرف، و التزامه هذا هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية،بمعنى أنه لا يكفي أن يدعي أنه بذل العناية الأزمة لانجاز العمل في الوقت المحدد و أنه لم يتمكن من إنهاءه، و حتى يبعد المسؤولية عنه بل يجب عليه أن يثبت أن التأخر في الانجاز راجع لسبب خارج عن إرادته كوجود قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير.

كما يمكنه دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أن التأخر في الانجاز حدث بسبب المقاول الأصلي أو رب العمل اللذين تأخرا في تقديم المادة، أو أن التأخر راجع إلى عدم دفع أقساط الأجرة المستحقة في المواعيد المتفق عليها[1].

**ب- حالة التنفيذ المعيب**

إذا اخل المقاول الفرعي بالتزامه بانجاز العمل، كان مسؤولا عن هذا الإخلال أمام المقاول الأصلي ، الذي له أن يطالب طبقا للقواعد العامة التنفيذ العيني إن كان ممكنا، أو طلب الفسخ عقد المقاولة الفرعية مع التعويض في الحالتين إن كان له ما يبرره .

**الفقرة الثانية : التزام المقاول الفرعي بتسليم العمل المنجز**

بعد أن يصنع المقاول الفرعي الشيء أو ينجز العمل حسب المطلوب منه، يلزم بتسليمه للمقاول الأصلي سواء كانت المواد مقدمة من عنده أو من المقاول الأصلي أو من رب العمل.

و مما لا شك فيه أن دراسة الإلتزام بالتسليم تقتضي تحديد الكيفية التي يتم بها و زمانه و مكانه و ما يترتب عنه من نتائج قانونية ، و ذلك حسب ما هو وارد في عقد المقاولة الفرعية إذ قد

---

[1] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:115.

تختلف هذه المسائل عما هو محدد عقد في المقاولة الأصلية، و هو ما سوف يوضح من خلال النقاط التالية:

### أولا- طريقة التسليم و نفقاته

لم يتناول المشرع التزام المقاول بتسليم العمل المنجز، جاعلا التسليم في عقد المقاولة يخضع لنفس أحكام التسليم في عقد البيع.

و بناء عليه يتم التسليم بوضع الشيء تحت تصرف المقاول الأصلي ليتمكن من الانتفاع به دون أي عائق[1] ، لكن لا يشترط في التسليم أن يؤدي إلى استيلاءه الفعلي على الشيء ، فمثل هذا الشرط قد يضر بالمقاول الفرعي إذا ما رفض المقاول الأصلي أن تنقل الحيازة إليه بدون عذر مقبول.

و تكون طريقة التسليم تبعا لطبيعة العمل، فإن انصبت المقاولة الفرعية على عقار، كان تسليمه بوضعه في متناول المقاول الأصلي صالحا لما أعد له كتسليمه المفاتيح مثلا[2].

أما إذا وردت المقاولة الفرعية على منقول كإصلاح سيارة أو طرز قطعة قماش، كان تسليمه بنقل الحيازة من المقاول الفرعي إلى المقاول الأصلي، و يتم غالبا عن طريق المناولة اليدوية، و يسمى "**بالتسليم الفعلي**".

و قد يكون **التسليم حكميا** إذا ما وجه المقاول الفرعي إنذارا إلى المقاول الأصلي بوجوب تسلم العمل خلال مدة زمنية معينة و إلا اعتبر متسلما له عند انقضاءها[3].

و يقتضي التسليم أحيانا نفقات الأصل أن يتحملها المدين به حسبما تضمنته القواعد العامة، و من ثمة يلزم المقاول الفرعي بالتكفل بهذه النفقات إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، كأن يتفق الطرفان على تحمل المقاول الأصلي هذه النفقات أو يتفقا على تقاسمها ، فعندئذ يقدم هذا الاتفاق على ما تضمنته المادة **283** من القانون المدني.

### ثانيا- زمان التسليم و مكانه

لم يتعرض المشرع لمسألتي زمان و مكان التسليم مكتفيا بما قد يتفق عليه المتعاقدين أو ما جاءت به القواعد العامة.

[1] - د. السنهوري ، المرجع السابق ، ص: 218.

[2] - أ. نعيم مغبغب ، المرجع السابق ، ص: 47 .

[3] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص: 130.

بالنسبة لزمان التسليم، فالأصل أن الأولوية في تحديده تكون لما اتفق عليه ، و الغالب أن يكون التسليم بعد انجاز العمل في المهلة المحددة له في عقد المقاولة الفرعية، إلا إذا اتفق الطرفين على تاريخ أخر للتسليم يلي تاريخ الإنجاز.

أما إذا سكت المتعاقدين عن تحديد مدة الإنجاز، فيجب على المقاول الفرعي أن ينجزه في مدة معقولة وفقا لطبيعة العمل و عرف الحرفة، فعند انقضاء هذه المدة يكون من المفروض أن المقاول الفرعي قد انتهى من انجاز العمل، فيلزم عندئذ بتسليمه فورا .

لكن ليس هناك ما يمنع من لجوء المقاول الفرعي إلى القضاء قصد المطالبة بمنحه أجل للتسليم إذا ما وجدت ظروف أعاقته عن ذلك، و يمكن للقاضي الاستجابة لطلبه إذا لم يكن في التأجيل ما يضر بمصلحة المقاول الأصلي إضرار جسيما[1].

و قد يثور تساءل أخر بشأن زمان التسليم، و هو هل يجوز للمقاول الفرعي أن يشرع في اتخاذ إجراءات التسليم متى أتم العمل و لو قبل انتهاء المدة المحددة له ؟

الأصل أن ميعاد التسليم مقرر لمصلحة المدين به أي المقاول الفرعي، و بالتالي يجوز له أن يسلم العمل المنجز قبل حلول الأجر المحدد له، حتى أنه قد يكافئ أحيانا على هذا التسليم المبكر .

لكن في بعض الحالات يراعي في ميعاد التسليم كذلك مصلحة المقاول الأصلي خاصة و أنه مرتبط بعقد سابق مع رب العمل، فالتسليم المبكر قد يكلفه أعباء إضافية كنفقات الحفظ و الصيانة و الحراسة مما يضر به، و بالتالي لا يجوز في مثل هذه الحالات أن يعرض مقاول الفرعي التسليم قبل الميعاد المتفق عليه.

أما بالنسبة لمكان التسليم فيكون مبدئيا في المكان المتفق عليه، فإن تخلف هذا الاتفاق سلم العمل المنجز في المكان الذي يعينه عرف الحرفة.

فإن لم يكن هناك عرف تم التسليم في موقع العقار إذا ما انصب عمل المقاول الفرعي على عقار.

فإن تعلق الأمر بمنقول معين بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، أما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالنوع فتسليم يكون في موطن المقاول الفرعي أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله .

و يترتب عن عدم تسليم المقاول الفرعي للعمل المنجز كاملا في الزمان و المكان المحددين له مسؤوليته أمام المقاول الأصلي، الذي يكون له حق المطالبة بالتنفيذ العيني متى كان ممكنا، فإن كان مستحيلا طالب بفسخ عقد المقاولة الفرعية مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض.

---

[1] - د. عدنان إبراهيم سرحان ، المرجع السابق ، ص 48 .

و نشير في الأخير أن التزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، لذلك فمجرد عدم تحققه يعد خطأ من جانب المقاول الفرعي يستوجب مسألته، إلا إذا أثبت أن عدم التسليم أو التأخر فيه ناتج عن سبب أجنبي[1] .

### ثالثا- تبعة الهلاك قبل التسليم

مما قد يمنع تسليم الشيء محل عقد المقاولة الفرعية هلاكه أو تلفه، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل من من المتعاقدين يتحمل تبعة الهلاك ؟

لم يتعرض المشرع لهذه المسألة بشكل مفصل عند وضعه لأحكام عقد المقاولة ما عدا ما تضمنته المادة **558** من القانون المدني الخاصة بالتزام رب العمل بتسلم العمل.

لهذا السبب يرجع غالبية الفقه لتحديد أحكام تبعة الهلاك في عقد المقاولة إلى تلك المنصوص عليها في عقود مقاربة لهذا العقد و بالأخص لعقد البيع .

و نتيجة لذلك إذا هلك الشيء بين يدي المقاول الفرعي قبل تسليمه للمقاول الأصلي بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، تحمل المقاول الفرعي تبعة هلاكه لأن المقاول الأصلي لم يستفد من هذا العمل، و بالتالي لا يمكن للمقاول الفرعي طلب أجرته و لا استرداد النفقات التي تكبدها[2].

أما بالنسبة للمادة فهلاكها على من قام بتوريدها من الطرفين، لأن القاعدة العامة أن الشيء يهلك على مالكه.

و إذا كان الهلاك بسبب خطأ من المقاول الفرعي تحمل وحده كل الخسارة، و لا يمكنه مطالبة المقاول الأصلي بالأجرة و لا حتى النفقات التي صرفها، بل يلزم برد ما قد يكون تلقاه من المقاول الأصلي مع التعويض إن كان له مقتضى[3].

أما إذا وقع الهلاك بخطأ من المقاول الأصلي بعد إنذاره بوجوب تسلم الشيء، استحق المقاول الفرعي في هذه الحالة أجره و النفقات التي تكبدها و قيمة المادة إن كان هو مقدمها.

و تكون تبعة الهلاك على عاتق المقاول الأصلي إذا وقع أثناء فترة الحبس التي ينفذها المقاول الفرعي حتى يستوفي أجرته، بشرط أن يكون قد احترم جميع إجراءات القانونية التي تفرضها قواعد الحبس.[4]

---

[1]- د. السنهوري ، المرجع السابق ، بند 122 ص: 218 .

[2] -د. عدنان إبراهيم سرحان ، المرجع السابق، ص: 48 .

[3] - د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 56

[4] - أ. نعيم مغبغب ، المرجع السابق ، ص:49.

## الفقرة الثالثة: الالتـزام المقاول الفرعي بالضمـان

سبق الذكر أن هناك إجماعا فقهيا على اعتبار المقاولة الفرعية عقد مقاولة تحكمه كقاعدة عامة نصوص المقررة لهذا النوع من العقود إلا إذا استثني من ذلك بموجب نص قانوني صريح.

و بناء على ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة **554** من القانون المدني التي تنص بأن: "**هذه المادة لا تسري على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين** " ، فإن المقاول الفرعي في علاقته مع المقاول الأصلي ملزم بضمان العمل الذي تولى القيام به بوجه عام، أما الضمان الخاص الواقع على عاتق المقاول و المهندس المعماري عن أي تهدم كلي أو جزئي يحدث للمباني أو المنشآت الثابتة فلا يشمل المقاول الفرعي، و من ثمة وجب البحث هاتين النقطتين و الذي يكون في الآتي :

### أولا - الضمان العام و مبادئه

ذكر آنفا أن المقاول الفرعي ملزم بانجاز العمل وفقا للشروط و المواصفات المتفق عليها و أصول الصنعة، فإن جاء عمله مخالفا لهذه المقاييس اعتبر مخلا بالتزامه و أجبر على ضمان العيوب التي لحقت عمله.

و ضمان خلو العمل يقتضي سلامة المواد المستخدمة في انجازه، فإن قدم المقاول الفرعي مواد الصنع اعتبر بمثابة بائع لها و وجب عليه ضمان سلامتها و صلاحيتها للغرض الذي أعدت له، فإن ثبت تضرر العمل بسبب عيوب في المواد المستخدمة تحمل المقاول الفرعي مسؤولية ذلك[1].

و لا يمكن للمقاول الفرعي دفع هذه المسؤولية بإثبات أنه بذل عناية الرجل العادي في التأكد من سلامتها و جودتها، إنما يجوز له ذلك متى أثبت أن العيوب اللاحقة بالمواد مردها لسبب أجنبي عنه، أو قبول المقاول الأصلي بها و إجازته استخدام هذه المواد المعيبة، ففي هذه الحالة يكون خطأ المقاول الأصلي أشد جسامة من خطأ المقاول الفرعي و يستغرقه.

أما إذا قدمت المواد من المقاول الأصلي أو رب العمل ، فلا يكون المقاول الفرعي ضامنا لما فيها من عيوب.

لكن إذا تبين للمقاول الفرعي وجود عيب أثناء تنفيذ العمل وجب عليه إخبار المقاول الأصلي به، كما يحق له رفض استخدام المواد المعيبة خاصة و أنه ملزم بتنفيذ العقد بحسن نية ، فإن أصر المقاول الأصلي على استخدامها تحمل مسؤولية ذلك .

[1] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:131.

و مما يؤثر على سلامة العمل في مجال مقاولات البناء عدم صلاحية الأرض للبناء أو عدم إعدادها بطريقة صحيحة و سليمة لتتحمل البناء المزمع تشييده أو احتواء التصميم على عيوب ، لكن المادة **554** من القانون المدني استبعدت المقاول الفرعي من الضمان في هذه الأحالات ومن ثمة لا مجال للحديث عن التزام المقاول الفرعـي بالضمان إذا ما تعلق الأمر بإحدها.

و إذا ما اكتشف العيب قبل استلام العمل، حق للمقاول الأصلي- طبقا للقواعد العامة- طلب إصلاحه إذا كان ذلك ممكنا أو طلب فسخ العقد و التعويض عن الضرر اللاحق به.

لكن إذا لم يتم اكتشاف العيب فما هي المدة التي يبقى المقاول الفرعي ملزما بالضمان ؟

يخضع ضمان العيوب في عقد المقاولة لنفس القواعد المقررة للضمان في عقد البيع، فيفرق المشرع في هذا الصدد بين ما إذا كان العيب ظاهرا أو خفيا[1].

و يشمل **العيب الظاهر** العيب الذي علم به المقاول الأصلي عند استلامه للعمل و العيب الذي لم يكتشفه مع أنه كان بإمكانه ذلك لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي من نفس طائفته[2].

فإن أقر المقاول الأصلي العمل و تسلمه رغم ما وجد به من عيوب، اعتبر متنازلا عن حقه في الرجوع على المقاول الفرعي بطلب إصلاح هذه العيوب، وليس بوسعه حتى مطالبته بنفقات الإصلاح التي صرفها، لأن موقفه هذا يفسر إما بأنه إقرار منه أن هذه العيوب بسيطة لا تنقص من قيمة العمل و لا تحيد به عن الغاية المرجوة منه، أو أنه تنازل منه عن حقه في الضمان .

أما إذا لم يتمكن المقاول الأصلي من اكتشاف العيب رغم سهولة ذلك لو أنه فحص العمل بعناية الرجل العادي، اعتبر مهملا و وجب عليه تحمل نتيجة إهماله، فيحرم عندئذ من إمكانية الرجوع على المقاول الفرعي بالضمان و يبقى مسؤولا عن هذا العيب أمام رب العمل[3].

لكن في حالة ما إذا أقدم المقاول الفرعي على إخفاء العيب باللجوء إلى الغش أو الخداع فتعذر على المقاول الأصلي اكتشافه وقت التسليم، حق للمقاول الأصلي الرجوع بالضمان عليه اعتبارا من تاريخ اكتشاف العيب[4].

---

[1]- ورد بالمادة 373 القانون المدني : **"يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها .**
**غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع ، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب و أنه أخفاها غشا عنه . "**

[2]- د . مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص: 57.

[3]- د . الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص: 213 .

[4] - أ. مغبغب نعيم ،المرجع السابق، ص: 115 .

و نتيجة لذلك يكون استلام المقاول الأصلي للعمل بدون تحفظ مسقطا لضمان المقاول الفرعي للعيوب الظاهرة ، لكن ماذا عن العيب الخفي ؟

**العيب الخفي** هو كل عيب لا يكون ظاهرا، بمعنى أنه عيب لا يمكن اكتشافه بمشاهدة ظاهر الشيء أو ببذل عناية الرجل العادي في فحصه عند تسلمه، أو أنه عيب لا يظهر إلا بتجربة الشيء[1].

و يكون المقاول الفرعي ضامنا لهذا النوع من العيوب بالقدر و خلال المدة التي تقض بها أعراف الحرفة ، شريطة إخبار المقاول الأصلي له بالعيب وقت اكتشافه، فإن سكت أو تأخر في ذلك و تصرف في الشيء تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب سقط حقه في الضمان، على اعتبار أنه متنازل ضمنيا عن حقه في الرجوع.

و الجدير بالذكر أن أحكام الضمان ليست من النظام العام، فيمكن للمقاول الأصلي و المقاول الفرعي الاتفاق على ما يخالفها بالتشديد أو التخفيف أو حتى الإعفاء منها ، إلا إذا كان العيب ناتجا عن غش صادر من المقاول الفرعي أو خطأه الجسيم، فيكون عندئذ كل الاتفاق على الإعفاء من الضمان عديم الأثر، عكس الحال بالنسبة للضمان الخاص بالمهندس المعماري و المقاول لعيوب البناء فهو من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه حسب لنص المادة **554** من القانون المدني.

### ثانيا- استبعاد المقاول الفرعي من نطاق الضمان العشري

أورد المشرع في الفقرة الأولى من المادة **554** من قانون المدني ضمانا خاصا و استثنائيا يقع على المهندس المعماري و المقاول عن أي تهدم كلي أو جزئي يحدث للمباني أو المنشآت التي شيداها أو ما قد يظهر بها من عيوب تهدد متانة البناء و سلامته لمدة 10 سنوات كاملة، و نص في الفقرة الثانية منها صراحة على إخراج المقاول الفرعي من نطاق هذا الضمان.

مما يبين أن الضمان العشري مناط بالمقاول و المهندس المعماري فقط باعتبارهما يباشران مهام التشييد و البناء[2]، أما المقاول الفرعي فهو مستبعد من نطاق هذا الضمان الرغم أنه المنفذ الحقيقي للعمل كله أو جزءه.

إن هذا الموقف للمشرع الجزائري يدفع للتساؤل عن الدوافع التي أدت به إلى إخراج المقاول الفرعي من نطاق هذا الضمان و هل هو محق في ما ذهب إليه ؟

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل الرجوع إلى ما قدمه المشرع المصري و الفرنسي من تبريرات نظرا لتأثر المشرع الجزائري بهما و تبنيه نفس موقفهما.

---

[1] - د. عدنان سرحان ، المرجع السابق ، ص: 52.

[2] - جرى القضاء الفرنسي و المصري على إخضاع الضمان العشري كل شخص يباشر مهام المقاول و المهندس المعماري و لو افتقد هذه الصفة ما دام من يمارس هذا العمل مرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة.

## مبررات الاستبعاد

ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب استفسرت عن ما إذا كانت المسؤولية الاستثنائية المنصوص عليها في المادة **651** من القانون المدني تطبق على العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن، فأجيب بأن الفقرة الرابعة من المادة صريحة و واضحة، فالمشرع استحدث هذه المسؤولية الاستثنائية إلى جانب المسؤولية المقررة في القواعد العامة لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المهندس و المقاول من الناحية الفنية[1].

و يفسر غالبية الفقه موقف المشرع بأنه أراد حماية رب العمل الحقيقي، كونه عادة ما يكون شخصا عاديا تنقصه الخبرة بفن التشييد و البناء مما قد يعرضه لتلاعب أو لعدم إتقان المتعاملين معه للأعمال المسندة إليهم أو عدم إخلاصهم في اقتناء المواد و الأدوات المستخدمة في انجاز العمل، بالمقابل لا يحتاج المقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الفرعي إلى هذه الحماية الاستثنائية و الخاصة كون الطرفين متساويين من الناحية الفنية[2].

أما المشرع الفرنسي فقد تبنى نفس الموقف سواء في القانون المدني القديم أو الجديد أو في النصوص المتعلقة بالمسؤولية[3].

فقد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون 78-12 الصادر في 4 جانفي 1978 - و الذي يعتبره الفقه الفرنسي الإصلاح الشامل لأحكام مسؤولية في مجال البناء و التشييد- أنه عند عرض هذا القانون على لجنة الشؤون التشريعية بمجلس الشيوخ اقترح العضو **M.PILLET** أن يكون المقاول الفرعي مسؤولا بالتضامن مع المقاول الأصلي عن الالتزامات التي تفرضها المادة **1792** و ما بعدها من القانون المدني الخاصة بالضمان العشري و الثنائي و ضمـان الإنجاز التام، منذ اللحظة التي يقبل فيها رب العمـل بالمقاولة الفرعية و بشروط الدفع الواردة بها.

و قد تبنى المجلس هذا الاقتراح لكن بعد عرض المشروع على الجمعية الوطنية حذف الاقتراح استنادا إلى اعتبارات قانونية وأخرى مالية و فنية.

---

[1]- انظر د. عبد الرازق حسن يس ، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء شروطها – نطاق تطبيقها –الضمانات المستحدثة فيها دراسة مقارنة في القانون المدني، دون ذكر دار النشر، طبعة الأولى، 1987 ص : 435 .

.

[2] -انظر السنهوري المرجع السابق ، ص: 220 - مصطفى عبد السيد الجارحي ، مرجع سابق ص: 45 – نعيم مغبغب ، مرجع سابق ، ص 87 -عدنان إبراهيم سرحان ، مرجع سابق ص: 58.

[3]- Bernard Boubli, op.cit, n°402 p : 59. n°393, p : 58

فبالنسبة للإعتبارات القانونية فإنها تتلخص في تبريرين:

التبرير الأول: إن تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة بمشيدي البناء يقتضى وجود عقد مقاولة يربط بين رب العمل و الشخص الملزم بالضمان حسبما أوردته المادة **1792** حيث بعدما ذكر المشرع في الفقرة الأولى المقاول و المهندس المعماري أضافة عبارة " **و أي شخص أخر مرتبط برب العمل بعقد مقاولة** "[1] ،و طالما أنه لا وجود لعقد مقاولة بين رب العمل و المقاول الفرعي، فلا مجال لإخضاع هذا الأخير لأحكام الضمان.

التبرير الثاني: أن القول بإدراج المقاول الفرعي ضمن نطاق هذه المسؤولية الخاصة فيه مخالفة لأحكام قانون **1334 / 75** الصادر في **31** ديسمبر **1975** المتعلق بالمقاولة الفرعية، كونه أقر حقوقا للمقاول الفرعي كفيلة بحمايته من إفلاس أو حجز المقاول الأصلي، كما أنه نص صراحة في المادته الأولى على بقاء هذا الأخير مسؤولا اتجاه رب العمل عن الأعمال المنجزة من قبل المقاول الفرعي.

أما عن الاعتبارات المالية و الفنية فتتلخص في كون المقاول الفرعي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فهو غالبا ما يكون محدود الإمكانيات المادية و الفنية، و إذا ما جعل مسؤولا عن العمل المطلوب تشيده عموما و أدرج ضمن الأشخاص الملزمين بالضمان طبقا للمادة **1792** و ما بعدها، ترتب عن ذلك حتما إفلاسه و إنهاء وجوده من الحياة الاقتصادية[2]..

إن صراحة المادة **554** من القانون المدني و افصاح المشرع عن رغبته في إخراج المقاول الفرعي من نطاق الضمان العشري، يغلق الباب في وجه أي تفسير مخالف رغم النتقادات الموجهة لهذا الموقف.

## الانتقادات الموجهة لقرار الاستبعاد

وجه جانب من الفقه و بعض العاملين في هذا القطاع البناء و التشييد انتقادات لموقف المشرع بخصوص استبعاد المقاول الفرعي من نطاق الضمان العشري و الحجج التي سيقت لتبريره سواء ما تعلق منها بالناحية القانونية أو الفنية.

فحسب رأيهم ، أن القول بغياب عقد مقاولة بين رب العمل و المقاول الفرعي يقتضي حتما استبعاد هذا الأخير من نطاق الضمان العشري فيه كثير من المبالغة، خاصة و أن المشرع الفرنسي نفسه خرج عن هذا التبرير عندما قرر توسيع النطاق الشخصي لهذه المسؤولية الخاصة و إدراج

[1]- Art 1792/1 de la loi de 1978 :"…les architectes, entrepreneurs et d'autres locateurs d'ouvrages, liées au maître de l'ouvrage par un contrat d'ouvrage…"

[2] - د. عبد الرزاق حسن يس ، المرجع السابق، ص : 436 و 437 .

.

أشخاص لا يرتبطون مع رب العمل بعقد مقاولة، مثل ما هو الحال بالنسبة لبائع العقار سواء وقت التشييد أو بعد إتمامه و الوكيل و الصانع و من في حكمه و ممول العقار[1].

أما عن التبرير المساق بخصوص قانون **75/1334**، فبالرغم من أنه جاء بهدف حماية المقاول الفرعي مما قد يحول دون استفائه مقابل الأعمال التي أنجزها، إلا أنه لم يقرر صراحة عدم خضوع المقاول الفرعي لأحكام المسؤولية الخاصة.

ضف إلى ذلك أن حماية المقاول الفرعي تتحقق من خلال منحه وسائل قانونية سريعة و فعالة تمكنه من الحصول على حقوقه المادية و ليس التساهل معه لدرجة إعفاءه من تحمل مسؤولية أعماله المعيبة و التي قد يكون المتخصص الوحيد لتنفيذها .

أما فيما يتعلق بالتبريرات المالية و الفنية فقد تجاوزها الزمن، لأن الواقع العملي أثبت أن اللجوء إلى المقاول الفرعي أصبح في بعض الأحيان حتمية لا بد منها، نظرا لما يتمتع به من مهارات تقنية و احتكار للمعرفة الفنية لدرجة أنه أضحى متفوق على المقاول الأصلي في مجال تخصصه[2] .

و يزيد بعض المهتمين بقطاع البناء على ذلك أن علم المقاولين الفرعيين بأنهم غير معنيين قانونا بأحكام الضمان العشري يجعل البعض منهم لا هدف له سوى الكسب السريع و على حساب الجودة في الانجاز، ليعتبروهم المسؤولين الحقيقيين عما قد يظهر من عيوب بالمباني أو ما يحدث بها من تهدم [3].

و إلى أن يتدخل المشرع لاتخاذ موقف مغاير لما نص عليه صراحة، يبقى المقاول الأصلي ملزم بضمان ما يظهر من عيوب خفية في عمل المقاول الفرعي نحو رب العمل لمدة 10 سنوات كاملة، فإن ظهر خلال هذه المدة عيب و أقام رب العمل دعوى ضمان خلال الثلاث سنوات من حصول التهدم أو اكتشاف العيب ضد المقاول الأصلي، فإن هذا الأخير لا يمكنه الرجوع على المقاول الفرعي بالضمان بعد انتهاء المدة القصيرة التي يحددها العرف[4].

يعتبر هذا الحكم من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على استبعاد الضمان العشري أو الحد منه وفقا لصراحة المادة 556 مدني.

---

-[1] د. عبد الحميد عثمان الحفني، نطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية لمشيدي البناء عن الأضرار التي تلحق بالمضرور من تهدم البناء، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص: 49 .

[2] - د. عبد الرزاق حسن يس ، المرجع السابق، ص :445

[3]- أنظر ما أورده المهندس الاستشاري حسين محمد جمعة في مؤلفه انهيار العمارات – الأسباب الهندسـية و القانونيـة، الـدار للتجهيزات الفنية و الطباعة، 1997 ص:73 و ما بعدها.

[4] -د. السنهوري، المرجع السابق، هامش1، ص:220.

و الأكيد أن هذا الأمر يجر تساؤل أخر، هل حكم المتعلق بعدم خضوع المقاول الفرعي للضمان العشري هو من النظام العام ؟

يرى الأستاذ **مصطفى عبد السيد الجارحي** أن الجواب هو نعم لأن حسب رأيه فإن القول بغير ذلك يفقد النص القانوني الغاية منه و هي التأكيد الصريح على استبعاد المقاول الفرعي من هذا الضمان، و يضيف أنه **"لا يظهر من النص ما يدل على أن هذا الحكم مكمل لإرادة المتعاقدين ، فلو أراد المشرع ذلك لكان أولى أن يقول تسري هذه المادة على ما يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك "[1] .**

## الفـرع الثـاني: التزامـات المقـاول الأصلـي

وفقا لما تقدم يلتزم المقاول الأصلي نحو المقاول الفرعي بجميع إلتزامات التي يرتبها عقد المقاولة في ذمة رب العمل ،ابتدءا من تمكين المقاول الفرعي من انجاز العمل، ثم تسلمه منه بعد الانجاز، وصولا إلى دفع الأجر. هذا ما سوف أبينه بشيء من التفصيل في الفقرات الثلاث التالية:

### الفقرة الأولى: التزام المقاول الأصلي بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز العمل

يأخذ المقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الفرعي مركز رب العمل في عقد المقاولة، فيكون الشخص الوحيد المطلع على متطلبات و شروط التنفيذ المتفق عليها في عقد المقاولة الأصلية.

لهذا يلزم بتمكين المقاول الفرعي من انجاز الأعمال المقاول بشأنها من الباطن.

و يتم تنفيذ هذا الإلتزام من خلال مد المقاول الفرعي بالتوجيهات و المعلومات الضرورية لتنفيذ محل المقاولة على الوجه الصحيح و الأكمل.

و إن كان المقاول الأصلي غير ملزم مبدئيا بتسليم المقاول الفرعي بنسخة من عقد المقاولة الأصلية، إلا أنه مجبر على إعطاءه كل ما هو ضروري لتنفيذ العمل المتفق[2] .

فإذا تعهد المقاول الأصلي بتقديم المواد و الأدوات للمقاول الفرعي، كان ملزما بتسليمها له و في الوقت المناسب، كذلك الحال عندما يستوجب التنفيذ إتباع رسوم و نماذج حيث يلزم بتقديمها للمقاول الفرعي حتى يسهل عليه الوفاء بالتزامه .

---

[1] - أ. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:.46

[2] -Alain Benabent , op cit; p: 1493.

و يقتضي هذا الالتزام أيضا من المقاول الأصلي أن ينسق بين عماله والمقاول الفرعي أو بين المقاولين الفرعيين في حالة تعددهم.

و يترتب على إخلال المقاول الأصلي بهذا الالتزام حق المقاول الفرعي في مطالبته بالتنفيذ العيني و لو عن طريق التهديد المالي فيما يستوجب تدخل المقاول الأصلي، أو طلب فسخ عقد المقاولة الفرعية مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض وفقا لما تقضي به القواعد العامة.[1]

**الفقرة الثانية: التزام المقاول الأصلي بتسلم العمل**

تنص المادة **558** من القانون المدني " عندما يتم المقاول العمل و يضعه تحت تصرف رب العمل وجب على الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه **و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من أثار " .**

تسري هذه المادة على العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، فيلتزم المقاول الأصلي بتسلم العمل بعد انجازه من المقاول الفرعي مقابل التزام هذا الأخير بتسليم العمل أو الشيء الذي تولى صنعه، لهذا لا يمكن أن يتم التسليم دون تسلم الأمر الذي يجعل العمليتين متكاملتين[2].

من ثمة وجب توضيح محتوى هذا الالتزام و الآثار المترتبة عنه في النقطتين التاليتين:

**أولا- مقتضايات الإلتزام بالتسلم**

متى أتم المقاول الفرعي العمل و وضعه تحت تصرف المقاول الأصلي وجب على هذا الأخير القيام بمعاينته في أقرب وقت ممكن وفقا لما هو متعارف عليه في هذه المعاملات، و أن يتسلمه في مدة وجيزة.

و يتم التسلم باستيلاء المقاول الأصلي على الشيء دون أي عائق، و يتحدد ذلك بحسب طبيعة العمل أو الشيء المصنوع ، فيكون تسلم العقار بإخلائه و تسليم مفاتيحه للمقاول الأصلي، أما تسلم المنقول فيتم بقبضه و حيازته و يكون ذلك عادة بالمناولة اليدوية[3].

و الملاحظ أن التسلم في حالة المقاولة الفرعية لا يتصور إلا حقيقيا دون التسلم الحكمي، كون المقاول الأصلي ملزم هو الأخر بتسليم العمل إلى رب العمل بعدما يتسلمه من المقاول الفرعي.

---

[1] -د. السنهوري : المرجع السابق، ص: 213.

[2] - يفرق الفقه الفرنسي **la livraison** و يراد به الإستلاء المادي على الشيء محل المقاولة و بين **réception** و هو عمل قانوني يعني الاستلام مع القبول بالعمل .

[3]. Bernard Boubli, op. Cit. , n°101, et n°292

رغم أن نص المادة **558** من القانون المدني لم يشر إلى ضرورة معاينة العمل قبل تسلمه إلا أن هذا أمر طبيعي و تقتضيه طبيعة عقد المقاولة، فهو يقع على عمل لم يكن موجودا وقت إبرام العقد فوجب على المقاول الأصلي فحصه و معاينته ليتحقق من مدى مطابقته للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة، كونه مسؤول عن ذلك أمام رب العمل بصفة شخصية و أساسية.

و بعد معاينة المقاول الأصلي للعمل المنجز و قبوله به، يقوم بتسلمه في الميعاد المتفق عليه أو في ميعاد معقول وفقا لطبيعة العمل المنجز و عرف الحرفة .

و التسلم يكون في مكان الذي تم فيه التسليم، فإن تراخى المقاول الأصلي عمدا أو بإهمال في الاستلام، أثبت المقاول الفرعي ذلك عن طريق توجيه له إنذارا رسميا يدعوه فيه لإستلام.

و إن كان للمقاول الأصلي أسباب مشروعة دفعته للامتناع عن الاستلام كأن يكون العمل غير تام أو قبل الميعاد أو به عيب، وجب عليه تبيانها و شرحها في ورقة رسمية ردا على الإنذار الرسمي الموجه له[1]، أما إذا لم تكن للمقاول الأصلي أسباب مشروعة اعتبر العمل قد سلم له .

فإذا ما أخل المقاول الأصلي بالتزامه بتسلم العمل كأن يرفض تسلم العمل في الميعاد القانوني جاز للمقاول الفرعي وفقا للقواعد العامة أن يطالبه بالتنفيذ العيني عن طريق استصدار حكم قضائي يجبر المقاول الأصلي بتسلم الاعمال المنجزة تحت غرامة تهديدية ، فإن أصر المقاول الأصلي على امتناعه عن تسلم العمل جاز للمقاول الفرعي اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض.[2]

### ثـانـيـا- أثـار التسلـم

أضاف المشرع للمادة أعلاه بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب أمر **05-10** عبارة **" و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من أثار ".**

و أمام عموم هذه العبارة وجب الرجوع للفقه في شرحه لها و تحديد الأثار القانونية المترتبة عن التسلم، و التي يمكن تلخيصها في ما يلي:

---

[1] - د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 56 .

[2]- د. السنهوري، المرجع السابق، ص :214.

### أ- التسلم مبرئ من العيوب الظاهرة

لتسلم المقاول الأصلي للعمل المنجز من قبل المقاول الفرعي أثر مبرئ بالنسبة للعيوب الظاهرة إذا لم يورد بشأنها أي تحفظات، بمعنى أنه إذا تسلم المقاول الأصلي العمل ارتفعت مسؤولية المقاول الفرعي عما يكون فيه من عيوب ضاهرة أو مخالفات لشروط العقد.

أما بالنسبة للعيوب التي كانت خفية ثم تبينها المقاول الأصلي بعد تسلمه للعمل، وجب عليه أن يبادر بإخطار المقاول الفرعي بها في وقت معقول حسب عرف الحرفة مطالبا إياه بإصلاحها ، و إلا اعتبر قابلا بها[1] .

### ب- تحمل تبعة الهلاك

إذا امتنع المقاول الأصلي بغير سبب مشروع عن تسلم العمل رغم دعوته إلى ذلك و اتلاف الشيء أو لحقه عيب بين يد المقاول الفرعي دون أن يكون لهذا الأخير دخل في ذلك، تحمل المقاول الأصلي تبعة هلاك الشيء أو تعيبه.

### ج- انتقال حراسة الشيء إلى المقاول الأصلي

يترتب على تسلم المقاول الأصلي للعمل انتقال حراسة الشيء إليه ، و من ثمة ينشأ في ذمته التزام بالرقابة حتى يمنع تضرر الغير منه .

### د- استحقاق المقاول الفرعي للأجر

وفقا للمادة **559** من القانون المدني يستحق المقاول الفرعي أجره عند تسلم المقاول الأصلي للعمل هذا هو الأصل العام ، الذي يستبعد تطبيقه إذا ما وجد عرف أو اتفاق يقرر ميعاد أخر لدفع الأجر، هذا ما سوف يتضح أكثر عند دراسة الالتزام الثاني الذي يرتبه عقد المقاولة الفرعية في ذمة المقاول الأصلي[2] .

## الفقـرة الثالثـة : التـزام المقاول الأصلي بدفـع الأجـر

---

[1] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:163.

[2] - د. عدنان إبراهيم سرحان ، مرجع سابق، ص:75 و ما بعدها.

من خصائص عقد المقاولة الفرعية أنه من العقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل طرف مقابل لما يقدمه، فالمقاول الفرعي ينجز عمل لحساب المقاول الأصلي مقابل الأجر الذي يلتزم به هذا الأخير بدفعه.و يثير هذا الالتزام كسابقه مسائل عديدة كدائن بالأجر و المدين به و مقداره و زمان و مكان دفعه ، و التي سيم شرحها في النقاط التالية:

**أولا- الدائن بالأجر و المدين به**

إن الدائن بالأجر في عقد المقاولة الفرعية هو المقاول الفرعي و ورثته من بعده ذلك أن المقاولة عموما لا تنتهي بوفاة المقاول.[1]

كما يحل أيضا محل المقاول الفرعي في المطالبة بالأجر خلفه الخاص مثل ما هو الحال بالنسبة للمتنازل له عن المقاولة الفرعية أو عن الأجر فيها[2].

و في حالة ما إذا ابرم المقاول الأصلي عدة عقود مقاولة من الباطن مع أكثر من مقاول فرعي، فلا تضامن بين هؤلاء المقاولين الفرعيين إلا إذا نص على ذلك في هذه العقود وفقا لأحكام المادة **217** من القانون المدني، بمعنى أنهم لا يعتبرون دائنين متضامنين بأجورهم بل ينفرد كل منهم بأجره و لا شأن له بأجور المقاولين الفرعيين الآخرين.

أما المدين بالأجر فهو المقاول الأصلي الذي تعاقد مع المقاول الفرعي حتى و إن كان المستفيد أو المنتفع الحقيقي من الأعمال المنجزة هو رب العمل، و إن كان يجوز للمقاول الفرعي مطالبة مباشرة رب العمل بالأجر طبقا للمادة **565** من القانون المدني.

و في حالة تعدد المقاولين الأصليين، فإن كل واحد منهم ملزم بدفع قسط من الأجر بقدر حصته في العمل، فإن لم تعين هذه حصة اعتبرت حصصهم متساوية و قسم الأجر بينهم بالتساوي، إلا إذا وجد اتفاق بينهم على التضامن ، عندئذ يمكن للمقاول الفرعي مطالبة أي واحد منهم بكامل الأجر .

و إن كانت القواعد العامة لعقد المقاولة تجعل من ورثة رب العمل ملزمين بدفع الأجر للمقاول في حدود التركة اعتبارا على ان عقد المقاولة لا ينتهي بموت رب العمل، فإن المقاولين الفرعيين ليسوا مضطرين لمتابعة تركة المقاول الأصلي على اعتبار أن المادة أعلاه تعطي لهم حق إقامة دعوى مباشرة ضد مدين مدينهم أي ضد رب العمل لمطالبته بما لهم في ذمة المقاول الأصلي.

**ثانيا- مقدار الأجر و إمكانية تعديله**

---

[1] - د. السنهوري ، المرجع السابق، ص: 214.

[2] - د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 71.

الأصل أن يتفق الطرفان على مقدار الأجر الواجب دفعه للمقاول الفرعي، فإن سكتا و لم يحددا الأجر اتفاقا، تعين الرجوع إلى الطريقة التي وضعها المشرع في المادة **562** من القانون المدني و المتمثلة في الإعتماد على قيمة العمل و النفقات التي صرفها المقاول الفرعي في سبيل ذلك، و كذلك ثمن المواد المستعملة في الإنجاز إذا ما كان هو مقدمها.

و إذا تم تحديد مقدار الأجر فلا يجوز الطعن فيه بالغبن، نظرا لعدم ورود نص قانوني يقضي بذلك، و من ثمة يجوز أن يقل الأجر عن قيمة العمل المنجز.

والأصل أنه متى اتفق الطرفان على أجر معين وجب التقيد بهذا الاتفاق، فلا يجوز للمقاول الأصلي أن يدفع أجرا أقل من الأجر المحدد، و لا أن يطالب المقاول الفرعي بأجر أكثر مما اتفق عليه، إذ لا يمكن لأي منهما الاستقلال بالتعديل استنادا إلى المبدأ العام **"العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاقهما معا"،** و من ثمة فإن أي زيادة أو انقاص في الأجر لا بد أن تتم باتفاق جديد بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي .

إلا أنه استثناء عن هذه القاعدة فإنه في مجال المقاولات أجاز المشرع بمقتضى المادتين **560-561** من القانون المدني تعديل الأجر دون الحاجة إلى حصول اتفاق بين المتعاقدين، و هذا في الحالتين التاليتين:

### أ- تعديل الأجر المحدد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة

تناولت هذه الحالة المادة **560** و التي من دون شك تنطبق على المقاول الفرعي باعتباره المنفذ الفعلي للعمل، حيث يفرق هنا كذلك بين حالتين:

**<u>الحالة الأولى</u>**: إذا كان تجاوز المقايسة محسوسا و ضروريا لتنفيذ التصميم المتفق عليه، فيجب على المقاول الفرعي إخطار المقاول الأصلي[1] ، بمقدار ما يتوقعه من زيادة في النفقات قبل الاستمرار في التنفيذ.

و يعتبر هذا الإخطار شرطا ضروريا لكي يستحق المقاول الفرعي الزيادة في الأجر، فإذا واصل التنفيذ دون إبلاغ المقاول الأصلي عن الزيادة المتوقعة سقط حقه في المطالبة بالزيادة في الأجر و بقي المقاول الأصلي ملزما بدفع الأجر المتفق عليه في العقد.

**<u>الحالة الثانية</u>:** أما إذا كان تجاوز المقايسة ضروريا لتنفيذ التصميم المتفق عليه و جسيما في آن واحد، خير المقاول الأصلي بين بقاءه مرتبط بعقد المقاولة الفرعية و القبول بالزيادة في النفقات و تحمل عندئذ الزيادة في الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة، أو التحلل من المقاولة الفرعية و دفع

[1] - و على المقاول الأصلي أيضا إخطار رب العمل بذلك إذا ما أراد الاحتفاظ بحقه اتجاهه.

للمقاول الفرعي قيمة ما أنجزه من أعمال حسب المتفق عليه في العقد دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل [1].

و قد اشترط المشرع على رب العمل -و في حالتنا المقاول الأصلي- بأن يخطر المقاول الفرعي بخياره دون إبطاء و خلال مدة معقولة، فإن تأخر بإبلاغه بوقف الأعمال و تحلله من المقاولة، جاز للمقاول الفرعي مواصلة العمل على افتراض أن المقاول الأصلي اختار الإبقاء على المقاولة مع الزيادة في الأجر.

**ب- تعديل الأجر المقدر جزافيا**

و فقا للمادة **561** من القانون المدني، إذا أبرم عقد مقاولة على أساس تصميم متفق عليه مقابل أجر إجمالي جزافي، ثم تبين أن تنفيذ العمل حسب هذا التصميم يقتضي جهدا إضافيا أو نفقات إضافية كزيادة في المواد الأولية و أجور يد العاملة، فليس للمقاول الفرعي أن يطالب بأية زيادة في الأجر إلا إذا انهار التوازن بين التزامات الطرفين نتيجة حوادث استثنائية[2].

أما إذا كانت الزيادة في تكاليف تنفيذ عقد المقاولة الفرعية راجعة إلى تعديل في التصميم أو إضافات أدخلت عليه، فدائما حسب المادة أعلاه لا يجوز للمقاول الفرعي طلب زيادة في الأجر إلا في حالتين:

**الحالة الأولى:** أن يكون التعديل في التصميم راجع إلى خطأ رب العمل و يسوى في نطاق مقاولة الفرعية أن يكون الخطأ في التصميم صادر عن رب العمل الحقيقي أو المقاول الأصلي، فيكون من حق المقاول الفرعي أن يطلب زيادة في الأجر دون قيد أو شرط .

**الحالة الثانية**: أن يكون التعديل بإذن من المقاول الأصلي[3]، فيستحق المقاول الفرعي الزيادة في الأجر بقدر ما وقع في التصميم من تعديل أو إضافة، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك مع المقاول الأصلي.

و تضيف الفقرة الثانية من المادة **561** من القانون المدني : " **و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.....**" .

---

[1] -د. السنهوري ، المرجع السابق، ص:215.

[2] - أ. أنور طلبة، المرجع السابق، ص: 297.

[3] - و يلزم المقاول الأصلي هو الأخر بالحصول على إذن من رب العمل حتى لا يكون مرتكبا لخطأ عقدي بإجراء تعـديل فـي التصميم دون رضى رب العمل.

و الملاحظ أن هذه الفقرة يكتنفها بعض الغموض، فهي لم تبين ما إذا كان الاتفاق يشمل التعديل أو الإضافة و مقدار الزيادة في الأجر أم أن الاتفاق مقصور على هذا الأخير فقط ، و هل يسري هذا الحكم على الاتفاق الحاصل بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي؟

يرى الأستاذ **السنهوري** أنه إذا إذن المقاول الأصلي بإجراء تعديل أو إضافة في التصميم وجب عليه أن يدفع أجرا إضافيا يقابل التعديل الواقع أو الإضافة، " و دون حاجة إلى أن يكون هناك اتفاق بالكتابة بينه و بين المقاول من الباطن لا على التعديل في ذاته و لا على مقدار الزيادة في الأجر، إنما وجب الاتفاق الكتابي طبقا للفقرة الثانية من المادة **685** مدني- و التي تقابل المادة أعلاه - في العلاقة ما بين رب العمل و المقاول الأصلي لا في العلاقة ما بين المقاول الأصلى و المقاول من الباطن "[1]

و يجاري بعض المؤلفين هذا الرأي حيث يعتبرون أنه من شروط تعديل الأجر المحدد جزافيا أن يتعلق الأمر بعقد مقاولة مبرم بين رب العمل و المقاول الأصلي، و لا تطبق أحكام المادة أعلاه على عقد المقاولة الفرعية إنما يرجع للقواعد العامة.

بمعنى لو اتفق المقاول الأصلي و المقاول الفرعي على عمل معين مقابل أجر إجمالي جزافي، فإن القواعد العامة هي التي تسري فيكون بإمكان المقاول الفرعي أن يجري تعديلا في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي دون الحاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد مقابل هذا التعديل[2].

فالمقابل ينتقد بعض الشراح التفسير المقدم من قبل الأستاذ **السنهوري**، و يرون أن الاتفاق الكتابي شرط يجب أن يتحقق بالنسبة للتعديل أو الإضافة في التصميم و كذلك بالنسبة للزيادة في الأجر، كما أن هذا الشرط يسري كذلك في العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن.

و حجتهم في ذلك أن المادة **658** المستند بها جاءت سابقة على النصوص المتعلقة بالمقاولة من الباطن لهذا يجب أن يؤخذ لفظ "**مقاول**" و "**رب العمل** " بصفة عامة دون نعت.

أما عن كلمة "**العقد الأصلي**" الواردة بالمادة، فليس المقصود منها عقد المقاولة القائم بين رب العمل و المقاول الأصلي، إنما المقصود منها العقد الذي لحقه التعديل القائم أو الإضافة سواء كان عقد أصليا أم عقدا من الباطن [3].

---

[1] - د. السنهوري ، المرجع السابق، ص: 215 .

[2] - أ. عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص:169.

[3]- أ. مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص: 73.

**ثالثا- زمن دفع الأجر و مكانه**

لقد تناول المشرع زمن دفع الأجر في نص خاص عكس الحال بالنسبة لمكان دفعه مكتفيا في هذا الشأن بما أوردته القواعد العامة، و لعل السبب في ذلك راجع للأهمية التي يكتسبها الأول.

**أ- زمن دفع الأجر**

قرنت المادة **559** من القانون المدني كأصل عام وقت استحقاق المقاول الفرعي للأجر بلحظة تسلم المقاول الأصلي للعمل المنجز، و من ثمة لا يجوز للمقاول الفرعي المطالبة بالأجر قبل هذا التاريخ، كما يحق للمقاول الأصلي الامتناع عن دفع الأجر ما دام الطرف الأخر لم يسلمه العمل المنجز كاملا.

ومما لا شك فيه أن النص أعلاه ليس من النظام العام، فقد أجاز للطرفين الاتفاق على ما يخالف حكمه و اختيار مواعيد و طرق أخرى للدفع، كأن يكون الدفع مؤجلا إلى ما بعد التسلم أو يكون في شكل أقساط دورية أو يسبق جزء منه عند إبرام عقد المقاولة و الباقي يدفع عند تسلم العمل إلى غيرها من الطرق المقررة في عرف المهنة[1].

و الأكيد أن حلول أجل دفع الأجر لا يمنع المقاول الأصلي من الدفع بعدم التنفيذ و حبس الأجر طبقا للأحكام المنصوص عليها بالمواد **123 و 200** من القانون المدني، متى تبين له أن العمل المنجز جاء مخالفا للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة، فيمتنع عن دفع الأجر كله أو الجزء الباقي منه إلى غاية إصلاح العيوب و المخالفات المسجلة [2].

**ب- مكان دفع الأجر**

أما فيما يخص مكان دفع الأجر، فنظرا لغياب نص قانوني خاص وجب الرجوع إلى القواعد المتعلقة بمكان الوفاء بالالتزام عموما و المنصوص عليها في المادة **282** من القانون المدني، و التي تميز بين ما إذا كان الأجر شيئا معينا بالذات أو معينا بالنوع.

**<u>الحالة الأولى</u>**: و هي الحالة التي يكون فيها الأجر شيئا معينا بالذات، فيجب تسليمه و دفعه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت إبرام عقد المقاولة الفرعية.

---

[1] - د. عدنان إبراهيم سرحان ، مرجع سابق ص:77.

[2] - أ. أنور طلبة، المرجع السابق، ص:293.

**الحالة الثانية:** و هي التي يكون الأجر فيها شيئا معينا بالنوع و الغالب أن يكون مبلغا من النقود، فالوفاء به يكون في موطن المدين أي المقاول الأصلي، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كانت المقاولة متعلقة بهذه الأعمال.

و تعتبر هذه الأحكام مكملة إذ تطبق في حالة سكوت الأطراف على الاتفاق على مكان دفع الأجر، فإن وجد هذا الاتفاق وجب تقديمه على حكم المادةأعلاه.[1]

## المطلب الثاني: جزاء الإخلال بهذه الالتزامات

إن القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للعقود، هي أن العقد يبرم لكي ينفذ فيكون من حق كل طرف فيه استيفاء حقه عينا متى كان ذلك ممكن و إلا سوؤل المدين عن ذلك ، أي اجبر على تعويض الدائن عن الأضرار اللاحقة به جراء عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب.

و بناءا عليه إذا أخل أي من طرفي عقد المقاولة الفرعية بالتزاماته ، حق للطرف الأخر مسألته على أساس هذا العقد.

لكن المشرع لم يكتفي بما قررته القواعد العامة ، و أقر بصفة واضحة و صريحة إذا ما أقدم المقاول الأصلي على إبرام عقد مقاولة فرعية بقيء مسؤولا نحو رب العمل عن أي إخلال من المقاول الفرعي بالتزاماته العقدية.

و من هنا يتضح أن أهم ما يثار في حالة إبرام عقد لمقاولة الفرعية و إخلال المقاول الفرعي بالتزاماته، هي قيام مسؤولية المقاول الأصلي عن هذا الإخلال أمام رب العمل، لارتباط العقدين من حيث عنصر التنفيذ، إذ أن الإخلال به في عقد المقاولة الفرعية يؤثر حتما على عقد المقاولة الأصلية، و في العلاقة بين طرفيه .

إن هذه المسؤولية الشخصية و الأصلية للمقاول الأصلي عن المقاول الفرعي، تستحق الدراسة و التركيز عليها أكثر، كونها أحدى تطبيقات التشريعية لما يعرف بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير، كما أن المشرع لم يجعل المقاول الأصلي مسؤولا إلى جانب المقاول الفرعي ، بل جعله مسؤولا بدلا عن هذا الأخير ، فيسأل المقاول الأصلي أولا أمام رب العمل، و بعد ذلك يكون له الحق الرجوع على المقاول الفرعي ، ضف إلى ذلك أن التعرض للمسؤولية العقدية لكل من المقاول الفرعي و المقاول الأصلي كنتيجة لإخلالهما بالتزاماتهما، تمت الإشارة إليه عند تناول كل التزام على حدى و التي لا تخرج عن ما جاءت به القواعد العامة في هذا الشأن .

---

[1] - د. السنهوري ، المرجع السابق، ص: 215.

لهذا السبب أحاول من خلال هذا المطلب التعرض لهذا النوع من المسؤولية بشيء من التفصيل، كما يخصص محتواه كذلك لموضوع طرح حديثا في مجال العقود الفرعية و بالخصوص في المقاولةالفرعية ، و المتعلق بمدى إمكانية مساءلة رب العمل مباشرة المقاول الفرعي على أساس أحكام المسؤولية العقدية، و هذا في الفرعين التاليين .

## الفرع الأول : مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي

تشكل الفقرة الثانية من المادة **564** من القانون المدني الأساس القانوني الذي ترتكز عليه مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي نحو رب العمل .

فاستناد إليها يمكن لرب العمل مسألة المقاول الأصلي بصفة شخصية و أساسية و مباشرة عن أي ضرر يصيبه جراء عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلية بخطأ من المقاول الفرعي، و دون أن يكون للمقاول الأصلي دفع هذه المسؤولية عن طريق التمسك خطأ المقاول الفرعي باعتباره المتسبب في الضرر، أو بجعل تنفيذ العقد مستحيل، لأن تدخل المقاول الفرعي في عملية التنفيذ كان بناءا على رغبة و إرادة المقاول الأصلي، و أن التنفيذ يتم باسم المقاول الأصلي و لحسابه.

و بذلك يدخل المقاول الفرعي ضمن فئة الأشخاص الذين يستخدمهم المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته، و يكون مسؤولا عن أفعالهم و أخطائهم كما لو كانت تلك الأفعال أو الأخطاء صادرة عنه شخصيا.

و تثير هذه المسؤولية الكثير من التساؤلات تتعلق بطبيعتها و شروطها وما يترتب عن قيامها، و إن كان من الضروري قبل الإجابة عليها، إعطاء لمحة عن مفهوم المسؤولية المدنية عن فعل الغير، خاصة و أن مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول الفرعي ما هي إلا إحدى تطبيقاتها التشريعية و هذا ضمن الفقرات التالية .

### الفقرة الأولى : مفهوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير

يقتضي تحديد مفهوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير توضيح معناها و الأساس الذي ترتكز عليه و هذا ما يتم في الآتي:

**أولا- المقصود المسؤولية العقدية عن فعل الغير**

الحقيقة أنه لا يوجد في القانون المدني نصا يتناول بصفة صريحة و مباشرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مثل ما هو الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير الواردة صراحة في المادة **134**[1].

لهذا السبب رفض بعض المؤلفين أمثال **Rêne Rodier** الاعتراف بهذا المفهوم، مؤكدين أنه في كل الأحوال لا يخرج الأمر عن مسؤولية شخصية للمدين الذي أناب غيره في تنفيذ العقد قائمة على خطئه الشخصي، و المتمثل في إهماله في الأشراف عليه أو في تزويده بالتوجيهات و التعليمات الضرورية و اللازمة لتنفيذه التزامات العقدية .[2]

لكن هذا الموقف بقي معزولا، فغالبية الفقه و القضاء يعترفا بوجود هذا النوع المسؤولية، خاصة و أن إنكارها هو إعطاء للمدين وسيلة ملائمة للتماص من التزاماته عن طريق تكليف الغير بتنفيذها.[3]

و بناءا عليه يقصد بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير " **أن يسأل المدين بصدد تنفيذ العقد عن فعل طائفة من الأشخاص كما لو كان فعله، و دون حاجة إلى إثبات أي خطأ أو اتفاق على تحمل المسؤولية عنهم، و دون أن يتخذ من فعلهم سببا لدفع مسؤوليته، لأن ما يصدر منهم كأنه صادر منه ، فهو ليس أمرا خارجا عنه ، و لو كان غشا أو خطأ جسيما "[4].**

و تعتبر المسؤولية العقدية عن فعل الغير مسؤولية استثنائية، فالأصل في المسؤولية أن تكون شخصية، أي لا تكون إلا على ما صدر من الشخص نفسه، كما أن هذا المفهوم ينطوي على تناقض إذ كيف يسأل المدين عن سوء تنفيذ العقد، في حين أن المتسبب في ذلك شخص أخر يعتبر من "**الغير**" ؟.

و احقيقة أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير لم تحض باهتمام كبير من الفقه، إذ كلما كانت تثور كان يرجع إلى أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة، بالرغم من كون الأولى مسؤولية عقدية و الثانية مسؤولية تقصيرية.

كما أنها مصطلح غريب يحمل تناقض إذ كيف يكون المدين مسؤولا عن أشخاص يعتبرون من الغير، و كيف يسأل المدين عن سوء تنفيذ العقد في حين أن المتسبب في ذلك شخص أخر يعتبر من "الغير".

[1] - أعراب بلقاسم ، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير1984، جامعة الجزائر، ص:57.

[2] -Jean Néret, op.cit, n°281 p : 209

[3] -Jourdain Patrice, op.cit, les principes de la responsabilité civil,5éme édition,Dalloz,2000,P129:

[4] - مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:78.

حول بعض الفقهاء اعطاء إجابة عن هذا التساؤل مفادها أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير حيله قانونية وجدت بهدف حماية مصلحة الدائن في تنفيذ العقد ، فهي تسمح بترك المعني الحسي للغير، كون بعض الأشخاص لا يعتبرون غيرا حقيقيا بالنسبة للمدين، فهم ليسوا أجانب عن المدين إنما هم امتداد له بحيث يمكن القول أنهم هو، لأنه هو الذي أدخلهم في تنفيذ العقد فيسأل عن أخطائهم و كأنها صدرت عنه شخصيا[1].

يقسم الفقه الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا التصور إلى فئتين:

- **التابعون:** و هم الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته، فهم ينفذون الأعمال لمصلحته و وفقا لأوامره و توجيهاته و تحت رقابته سواء كانت الأعمال مأجورة أم مجانية.

- **البدائـل**: و هم الأشخاص الذين يلجأ إليهم المدين لينفذوا العقد بدلا عنه، و يدخل ضمن هذه الفئة المقاول الفرعي[2].

**ثانيا- الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير**

إن كان هناك اعتراف فقهي بهذا النوع من المسؤولية العقدية، فأن الاختلاف كان حول الأساس القانوني الذي تقوم به.

فقد توزعت الآراء في هذا الشأن بين قائل بفكرة سوء اختيار المدين للشخص الذي أوكل له تنفيذ التزامه التعاقدي.

في حين قال البعض الآخر بفكرة الضمان، بمعنى أن المدين يضمن للدائن الأعمال الصادرة عن الشخص الذي أحله في تنفيذ العقد.

أما القسم الثالث فوجد في فكرة الإنابة أساس لهذه المسؤولية العقدية على اعتبار أن النائب يحل محل الأصيل فتصرف باسمه و لحسابه ، و إن حدث و ارتكب النائب خطأ في تنفيذ النيابة اعتبر هذا الخطأ و كأنه صادر عن الأصل .

غير أن جانب من الفقه يرى أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تجد ما يبررها في مبادئ العدالة، لأنه إذا سمح للمدين أن ينيب غيره في تنفيذ التزاماته فإنه يكون مجبرا على تحمل نتائج هذه الإنابة بصفة كاملة، إذ ليس من العدل السماح له بنفي مسؤوليته بحجة خادعة مفادها أن عدم تنفيذ التزام راجع إلى شخص أخر و ليس بسببه[3].

---

[1] - ألان بينابيت، المرجع السابق، ص:288

[2]- أنور العمروسي المرجع السابق ، ص 328 المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في القانون المدني .الأركان – الجمع بينهما و التعويض دراسة تأصيلية مقارنةدار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى 2004،ص 327 .

[3] -Néret, Op, cit, n°282 p : 209 et Patrice Jourdain, Op, cite p:130.

أما الأستاذ **السنهوري** فيرى أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تجد أساسها بصورة غير مباشرة في الفقرة الثانية من المادة 217 من القانون المدني المصري - و التي تقابلها الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني الجزائري- التي تجيز لطرفي العقد الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه العقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم ، كما أنها تجيز للمدين أن يشترط إعفاؤه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

فالمادة تجيز صراحة الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناشئة عن أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، مما يعني ضمنيا أن الأصل هو مسؤولية المدين عن هؤلاء الأشخاص و إلا لما كان هناك وجه للنص على جواز الإعفاء منها [1].

و من هنا نستنتج أن الفقرة الثانية من المادة 564 مدني تقطع الشك باليقين، حيث لا خلاف حول ثبوت مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل، مما يفتح المجال للتساؤل حول الشروط الواجب توافرها حتى تتحقق هذه المسؤولية ؟.

## الفقرة الثانية : شروط مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول الفرعي

إن تحقق مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول الفرعي اتجاه رب العمل، يقتضي شروط معينة تتلخص فيما يلي:

### أولا- وجود عقد صحيح بين المقاول الأصلي و رب العمل

بداية يشترط لقيام مسؤولية المقاول الأصلي اتجاه رب العمل أن يكون بينهما عقد صحيح، فإن كان العقد فقط بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي المتسبب في الضرر، خرج الأمر من إيطار المسؤولية العقدية عن فعل الغير و كنا بصدد نوع أخر من المسؤولية التقصيرية و هي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه[2].

لهذا السبب تعتبر مسؤولية المقاول الأصلي عن فعل المقاول الفرعي مسؤولية عقدية ناشئة عن عقد المقاولة الأصلي و قائمة على افتراض أن كل الأعمال و الأخطاء التي تصدر من المقاول

---

[1] - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص:53.

[2] - أ . ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، بند : 317، ص 335 .

الفرعي تعتبر بالنسبة لرب العمل أعمال و أخطاء صدرت من المقاول الأصلي، فيكون مسؤولا عنها قبله[1].

كما أن هذه المسؤولية لا تثور إلا إذا أحل المقاول الأصلي المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة الأصلي أو جزءا منه.

و يشترط في هذا الإحلال أن يكون صحيحا في مواجهة رب العمل، ويكون كذلك عندما لا يرفض رب العمل صراحة أو ضمنيا بأن يحل المقاول الأصلي غيره في تنفيذ العقد الأصلي.

أما إذا كان هذا الإحلال غير صحيح في مواجهة رب العمل كما لو اشترط هذا الأخير على المقاول الأصلي أن يتولى تنفيذ العقد شخصيا، رغم ذلك أقدم على المقاولة الفرعية اعتبر في هذه الحالة مخطأ و مسؤولا عن كل النتائج الضارة برب العمل، عندئذ تتحقق مسؤولية العقدية على أساس الخطأ الشخصي و ليس على أساس خطأ الغير[2].

أما إذا كان الإحلال صحيحا و بموافقة رب العمل، فلا يكون حينئذ المقاول الأصلي مرتكب لخطأ بسبب هذا الإحلال، لكنه يسأل عقديا أمام رب العمل عن الخطأ الذي ارتكبه المقاول الفرعي في تنفيذ العقد.

و مما سبق الإشارة إليه أن تدخل المقاول الفرعي في تنفيذ عقد المقاولة الأصلية قد يكون بناءا على إرادة رب العمل أو المهندس إذ يتم تعينه في هذا العقد أو في اتفاق لاحق له، فهل يكون المقاول الأصلي مسؤولا عن هذا المقاول الفرعي اتجاه رب العمل ؟

طالما أنه لا وجود لنص قانوني يتناول هذه الحالة، فإنه طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية لا مانع من الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية، فيكون من حق المقاول الأصلي أن يشترط على رب العمل إلا يكون مسؤولا عن أعمال هذا المقاول الفرعي المسمى .

**ثانيا- أن يلتزم المقاول الفرعي بإنجاز عمل**

ثاني شرط يجب توفره لقيام هذه المسؤولية هو أن يكلف المقاول الفرعي من قبل المقاول الأصلي بتنفيذ الالتزام، و الذي يتحقق بإبرام عقد المقاولة الفرعية ، فإن انعدم التكليف كان فعل المقاول الفرعي من قبيل السبب الأجنبي .

و الملاحظ في هذا الصدد أنه إذا لم يكن المقاول الفرعي مكلفا بتنفيذ الالتزام العقدي، فإن فعله المؤدي إلى الإخلال بالالتزام قد تترتب عليه مسؤولية المقاول الأصلي و لكنها لن تكون مسؤولية عن فعل الغير، بل تكون مسؤولية مدنية عن فعله الشخصي.

---

[1]- د . السنهوري ، المرجع السابق ، ص: 223

[2]-Philippe Le Tourneau, op.cit, n : 1358, P : 430.

**ثالثا- ارتكاب المقاول الفرعي لخطأ عقدي**

من ضروري لقيام مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي، لارتكاب هذا الأخير لخطأ عقدي أي إخلاله بالالتزام العقدي الذي كلف به، و يتحقق ذلك عند امتناعه عن التنفيذ أو تأخره فيه أو يكون التنفيذ معيبا أو جزئيا.

فإن كان التزام المقاول الفرعي بانجاز العمل التزاما ببذل عناية، فيكون وفاه ببذل عناية الرجل العادي و لو لم يتحقق الغرض المقصود.

و إن نازع رب العمل في ذلك فما عليه إلا إثبـات أن المقاول الأصلي كان مهملا في أداء التزامه و أنه لم يسلك سـلوك الرجل العادي في بذل العناية المطلوبة، فمثلا الطبيب لا يطلب منه شفاء المريض إنما أن يعالجه متبعا في ذلك ما تمليه عليه أصول مهنته باذلا في العلاج نفس العناية التي يبذلها أي طبيب في مستواه، فإن أثبت أن هذا الطبيب أحل غيره في علاج المريض و أن هذا الأخير لم يبذل العناية اللازمة في ذلك، كان هذا الطبيب مسؤولا عن التقصير و الإهمال المرتكب من قبل الطبيب الذي حل محله اتجاه المريض .

أما إذا كان الالتزام بإنجاز العمل التزاما بتحقيق نتيجة كإقامة بناء أو صنع شيء، فلا تبرأ ذمة المقاول الفرعي و لا ذمة المقاول الأصلي إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة و أنجز العمل المطلوب وفقا للشروط و المواصفات المتفق عليها .

فإن لم ينجز العمل أو أنجزه بشكل معيب كان المقاول الأصلي مسؤولا عن ذلك أمام رب العمل، و لا يمكنه التذرع بخطأ المقاول الفرعي كما لا يمكنه معاملة هذا الخطأ كسبب أجنبي، لأن ما يصدر عن المقاول الفرعي من أخطاء تعتبر و كأنها صادرة عن المقاول الأصلي .

و نتيجة لذلك متى ثبت اقتراف المقاول الفرعي لخطأ عقدي في تنفيذ عقد المقاولة الفرعية، و ترتب عن ذلك ضرر لرب العمل كان المقاول الأصلي مسؤولا عن ذلك أمام رب العمل، ما لم يثبت وجود السبب الأجنبي الذي حال دون التنفيذ.

و ما تجدر الإشارة إليه أن ارتكاب المقاول الفرعي لأخطاء تخرج عن نطاق الخطأ العقدي و لو كانت بمناسبة تنفيذ العقد ، فإنه يكون وحده المسؤول عنها و على أساس المسؤولية التقصيرية .

مثلا لو قام رب العمل بزيارة موقع العمل و أبدى ملاحظات عن سير الأشغال و لم تعجب هذه الملاحظات المقاول الفرعي، فوقع شجار بينهما انتهى إلى ضرب و جرح رب العمل، فمثل هذه التصرفات للمقاول الفرعي لا تعد أخطاءا عقدية، و لا محل لمسألة المقاول الأصلي عنها.

عكس الحال لو أصيب رب العمل بجروح داخل موقع الأشغال بسبب سقوط أخشاب عليه، فالمقاول الأصلي يكون مسؤولا عن ذلك لكونه ملزم بضمان السلامة[1].

و بالطبع لا يكفي وقوع خطأ من جانب المقاول الفرعي حتى تقوم هذه المسؤولية، و إنما يجب كذلك أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب رب العمل، و يخضع الضرر لنفس الشروط التي تستلزمها المسؤولية العقدية عموما و هي أن يكون محققا و مباشرا و متوقعا.

و بتحقق هذه الشروط يصبح المقاول الأصلي مسؤولا أمام رب العمل عن عدم تنفيذ المقاول الفرعي لالتزام العقدي ، و لا يمكنه التخاص من مسؤوليته حتى لو أثبت عدم خطأه في اختيار المقاول الفرعي، أو أنه لم يهمل في إعطاءه التوجيهات اللازمة و الضرورية.

و يعامل خطأ المقاول الفرعي نفس معاملة خطأ المقاول الأصلي، فلا يجوز لهذا الأخير أن يدفع عنه المسؤولية إلا بنفس الطرق التي يدفع بها مسؤوليته عن فعله الشخصي.

كما يجب مراعاة نوع و طبيعة الالتزام، فإن تعلق الأمر بالتزام بتحقيق نتيجة فلا يستطيع المقاول الأصلي دفع المسؤولية عن نفسه ما لم يثبت أن هناك سبب أجنبي حال دون تنفيذ الالتزام أو أنه كان وراء الإخلال بالالتزام العقدي .

أما إذا تعلق الأمر بالتزام ببذل عناية ، فلكي يدفع المقاول الأصلي عن نفسه المسؤولية يجب أن ينفي وقوع الخطأ من جانبه و ذلك بإثبات أنه بذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ الالتزام، بمعنى أنه بذل العناية اللازمة في تنفيذ الالتزام ، و لا يكفيه إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ في اختيار المقاول الفرعي.

### الفقرة الثالثة : مدى إمكانية الإعفاء من هذه المسؤولية وآثارها

متى توافرت جميع أركان مسؤولية المقاول الأصلي العقدية عن فعل المقاول الفرعي نحو رب العمل، طرح تساؤل عن ما مدى إمكانية الإعفاء منها و الآثار المترتبة جراء ثبوتها ؟

إن الإجابة عن هذا التساول ستكون محتوى هذه الفقرة و التي ستقسم إلى قسيمين حسب الآتي:

#### أولا- مدى إمكانية إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية عن فعل المقاول الفرعي

لم يتناول المشرع أحكام تعديل المسؤولية العقدية عن فعل الغير سوى حالة الإعفاء، حيث أجاز في الفقرة الثانية من المادة **178** من القانون المدني أن يعف المدين من تحمل مسؤولية الخطأ

---

[1] - د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق ، ص 85 .

الجسيم و الخطأ العمدي الذي يصدر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، في حين أن الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي لا يشمل سوى الخطأ التافه و الخطأ اليسر، بمعنى إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم كان شرط الإعفاء باطلا و بقيت مسؤولية المدين قائمة.

و يبرر الفقه العربي التمييز بين الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن المدين و الغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، أن الإعفاء في الأول يجعل تنفيذ التزام المدين معلق على شرط إرادي محض، و بذلك يكون هذا الالتزام غير قائم ، أما الغش أو خطأ الجسيم في الحالة الثانية فإنه لا ينزل منزلة الشرط الإداري المحض[1].

أما القضاء الفرنسي فلا يجيز للمدين أن يشترط إعفاءه من مسؤوليته العقدية متى كان سبب عدم التنفيذ راجع إلى خطأ جسيم أو غش سواء صدر من المدين نفسه أو من أحد مساعديه، و سنده في ذلك أن غش مساعد المدين أو خطئه الجسيم يعامل و كأنه صادر عن المدين شخصيا، حتى يمنع المدين من التهرب من مسؤوليته عن طريق اللجوء إلى الغير لتنفيذ التزاماته.

و بذلك يكون المدين ملزم بتحمل أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه مهما كانت درجة الخطأ الذي ارتكبوه، و لا يمكنه الإدعاء أن فعلهم لم يكن متوقعا منه أو لا يمكن دفعه مما يشكل قوة قاهرة معفية من سألته.[2]

و في هذا الصدد يطرح تسأل هام حول مدى جواز إعفاء المقاول الأصلي من مسؤولية عن أعمال المقاول الفرعي ؟

يرى الأستاذ **السنهوري** أنه " **يمكن أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطن و لا يكون مسؤولا عن المقاول من الباطن** " مستندا في ذلك على أن مسؤولية المقاول الأصلي في هذه الحالة هي مسؤولية عقدية، و من ثمة يمكن طبقا للقواعد العامة الاتفاق على ما يخالفها [3].

بالمقابل هناك اتجاه يرفض الأخذ بهذا الرأي و يعتبر أن بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول الفرعي هو من الأحكام الرئيسية للمقاولة الفرعية و لا يجوز استبعاده، و حجتهم في ذلك هي أن المشرع كان حريصا على تأكيد على هذه المسؤولية إذ خصها بنص واضح و صريح، ضف إلى ذلك أن المقاول الفرعي يعمل بصفة مستقلة فهو ليس كبقية الأشخاص الذين يستخدمهم المقاول الأصلي في تنفيذ التزامه .

---

[1]- د. علي علي سليمان، المرجع السابق ، ص 179 .

[2] -Jourdain Patrice, op.,cit, p:132

[3]- د. السنهوري، المرجع السابق، هامش1، ص:223.

و يضيف المتمسكون بهذا الرأي أن اشتراط المقاول الأصلي ذلك في عقد المقاولة الأصلي لا يبطل الشرط و لا العقد، أنما نكون بصدد تنازل عن العقد لتختفي المجموعة العقدية و يصبح عقد المقاولة الفرعية عقدا أصليا، و من ثمة يمكن لرب العمل مساءلة المقاول الفرعي على أساس المسؤولية العقدية.[1]

إن القول بصحة شرط إعفاء المقاول الأصلي من المسؤولية عن أعمال المقاول الفرعي، يؤدي إلى نتائج لم يرتضيها الأطراف خاصة في حالة عدم التنفيذ، فرب العمل لا يمكنه مساءلة المقاول الأصلي إعمالا لشرط الإعفاء، كما لا يمكنه مساءلة المقاول الفرعي إلا على أساس المسؤولية التقصيرية .

في حين يظل المقاول الفرعي ملزما بتنفيذ عقده أمام المقاول الأصلي، مما يؤدي إلى إثراء هذا الأخير إذا ما حصل على تعويض من المقاول الفرعي .

و لتفادي هذه النتائج يجب استبعاد شرط الإعفاء، و إبقاء المقاول الأصلي مسؤولا اتجاه رب العمل عن أعمال الصادرة عن المقاول الفرعي.

**ثانيا- دعوى رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي كأثر لهذه المسؤولية**

بعدما يقوم المقاول الأصلي بتعويض رب العمل عن ما لحقه من ضرر بسبب إخلال المقاول الفرعي بالتزاماته التعاقدية، يحق له الرجوع على المقاول الفرعي على أساس عقد المقاولة القائم بينهما و طبقا للأحكام المسؤولية العقدية، و ذلك عن طريق دعوى قضائية يقيمها ضده ليطالبه بمبلغ التعويض الذي دفعه لرب العمل.

و تؤسس دعوى الرجوع في حال ثبوت مسؤولية المقاول الأصلي عقديا عن فعل المقاول الفرعي على الخطأ العقدي الناشئ عن الإخلال بعقد مقاولة الفرعية، بمعنى أن دعوى رجوع المقاول الأصلي مرتبطة بوجود خطأ ارتكبه المقاول الفرعي، و هو خطأ واجب الإثبات و إلا كانت دعواه غير مقبولة[2] .

و على هذا الأساس تنتفي مسؤولية المقاول الفرعي إذا اثبت أنه نفذ عقد المقاولة الفرعية طبقا لتعليمات و أوامر المقاول الأصلي، أو أن هذا الأخير كان عالما بالعيب الذي استوجب ضمان.

---

[1] - د. مصطفى عبد السيد الجارحى، المرجع السابق،ص:83.

[2] - د. الجبوري، المرجع السابق، بند 317 ص: 340.

و الأكيد أن رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي يكون ضمن حدود مبلغ التعويض المدفوع لرب العمل، بشرط أن لا يكون التعويض المدفوع قد نجم عن ضرر كان المقاول الفرعي هو المتسبب فيه.[1]

و إن كان للمقاول الأصلي حق المطالبة بكل المبلغ المدفوع لرب العمل، فإن القضاء أحيانا يحكم بمبلغ أقل على أساس وجود خطأ صادر من المقاول الأصلي يتمثل في عدم المراقبة أو التنسيق أو التعاون.[2]

### الفرع الثاني: عدم إمكانية مساءلة رب العمل عقديا للمقاول الفرعي

تطبيقا للمبادئ العامة لا يلتزم المقاول الفرعي مباشرة بأحكام عقد المقاولة الأصلية، و بالتالي لا يكون مسؤولا أمام رب العمل عن عدم تنفيذ المقاولة الأصلية و لا الوقوع تحت طائلة المسؤولية العقدية، إنما يأخذ كل منهما حكم الغير بالنسبة للآخر، ليعتبر المقاول الفرعي مثل أي شخص آخر من الكافة يقع عليه التزام عام باحترام حقوق رب العمل، فإن أخل بهذا الواجب عد مرتكبا لخطإ تقصيري و إن كانت صلته بالتنفيذ ساعدت على ارتكابه.

و إن كان من غير الممكن مسألة رب العمل للمقاول الفرعي عقديا عن عدم تنفيذ عقد المقاولة الأصلية، فهل الأمر كذلك في حالة عدم تنفيذ هذا الأخير لعقد المقاولة الفرعية، خاصة و أن رب العمل هو صاحب المصلحة الأول في تحقق التنفيذ السليم و الكامل لهذا العقد.

كانت هذه المسألة محل جدل فقهي و قضائي كبيرين في فرنسا، و لتبيان وجهات النظر المختلفة بشأنها لا بد من تناول ذلك في فقرتين اثنين، أتعرض في الأولى لمبدأ نسبية العقود كمبرر قانوني قوي لاستبعاد هذه المسائلة ، و في الثانية إلى موقف القضاء الفرنسي و التطور الحاصل فيه بشأن المسؤولية العقدية في العقود الفرعية.

#### الفقرة الأولى: مبدأ نسبية العقود كمبرر لاستبعاد هذه المسؤولية

إن العقد بما ينشئه من حقوق و التزامات بين طرفيه، يعتبر الشريعة العامة التي تحكم العلاقة بينهما و دون أن يمتد إلى غيرهما إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة و مبدأ نسبية العقد السائدين منذ فترة زمنية ليست بالقصيرة.

---

[1] - 1-Jean Néret ,op.cit, n ° 293 p: 218.

[2] . 2-JEAN BERNARD AUBY .HUGUES P2RINET .MARQUET .op.cit N° 1135, p 610.

لكن التطور الحاصل و ما أفرزه من أوضاع معقدة و مفاهيم جديدة حاولت النيل من هذين المبدئين.

غير أن هذين المبدأين مازالا صامدين في وجه الانتقادات الموجهة لهما، و مازالت النظرة الفردية للعقود قائمة و مكرسة حتى ضمن المجموعة العقدية المكونة من العقود الأصلية و الفرعية، هذا ما سوف يتضح أكثر من خلال إعطاء لمحة عامة عن المقصود بمبدأ نسبية العقد و نتائج تطبيقه على العلاقة بين المقاول الفرعي و رب العمل.

**أولا- المقصود بمبدأ الأثر النسبي للعقد**

يقصد بمبدأ نسبية العقد الواردة في المادة **113** من القانون المدني، أن آثار العقد تقتصر على المتعاقدين و خلفهما الخاص و العام دون أن تمتد مبدئيا إلى الغير، فالعقد لا يكسب الغير حقوقا و لا يحمله التزاما، إذا لا يجوز إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه.[1] لكن للعقد مفعول نسبي ينحصر فيما بين طرفيه أو الذين نالوا حقوق هؤلاء بوجه عام.

و مما لاشك فيه أن لهذا المبدأ استثناءات تبناها التشريع و استقر عليها الفقه منها الاشتراط لمصلحة الغير و الدعوى المباشرة.

غير أن التطور الفقهي لم يتوقف عند هذه الاستثناءات، بل ناد البعض بضرورة إعادة النظر في الكثير من المبادئ و المفاهيم المستقرة عليها منذ زمن، بالنظر للواقع الاقتصادي و ما أفرزه من أوضاع تقتضي أخذها بعين الاعتبار و إدراجها ضمن نضام قانوني واضح المعالم ، مثل ما هو الحال بالنسبة لمفهوم المجموعات العقدية، الذي يستوجب تبنيه حتما استبعاد النظرة الفردية للعقد و التوسيع في الصور التقليدي لمفهومي الطرف المتعاقد و الغير[2]، الأمر الذي جعل مبدأ المفعول النسبي للعقد محور الكثير من النقاشات الفقهية الحديثة.

و رغم ما وجه للمبدأ من انتقادات و ما استحدثت فيه من استثناءات، إلا أنها لم تهدره و مازال قائما و مكرسا فقها و قانونا و قضاءا.

و مبدأ نسبية العقد يكمله مبدأ أخر لا يقل أهمية عنه هو مبدأ نفاذ العقد، و الذي يقصد به أن يكون العقد نافذا في مواجهة الغير، إذ يحتج عليه بالعقد كلما تعارض حقه مع الحق المترتب عن العقد ، كما يكون العقد أيضا نافذا بالنسبة للغير كواقعة لا يمكن إنكارها سواء في مجال الإثبات أو

---

[1] - أ.إبراهيم سعد أحمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري و الفرنسي، دراسة مقارنـة فقهـا وقـضاءا، المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، البند9 ص:12 .

[2] - ألان بينابينت، المرجع السابق، بند 323 ص:428 و ما يليها.

إقامة مسؤولية المتعاقد التقصيرية ، ضف إلى ذلك أن مبدأ نفاذ العقد يقتضي حتما احترام الغير للحقوق التي ينشئها العقد دون تحمله للإلتزامات[1] .

و بتطبيق مبدأ نسبية العقد على عقد المقاولة الفرعية ، تكون العلاقة العقدية قائمة بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي و تقتصر أثارها عليهما فقط، أما المقاول الفرعي و رب العمل فيعتبر كل منهما من الغير بالنسبة للأخر لانعدام رابطة عقدية بينهما، و الأكيد أن لهذا اعتبار نتائج هامة.

**ثانيا- نتائج المبدأ على العلاقة بين رب العمل و المقاول الفرعي**

اعتمادا على مبدأ نسبية العقود تنعدم كل علاقة مباشرة بين رب العمل و المقاول الفرعي، و بالتالي من غير الجائز مطالبة رب العمل للمقاول الفرعي مباشرة بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة الفرعية، و لا مسألته على أساس المسؤولية العقدية، كما لا تثبت مبدئيا علاقة مباشرة بين المقاول الفرعي و رب العمل باستثناء ما أوردته المادة **564** من القانون المدني.

بالمقابل تنشأ بين رب العمل و المقاول الفرعي علاقة غير مباشرة أساسها علاقة كل منهما بالمقاول الأصلي.

فيحق لكل منهما إقامة دعوى غير مباشرة ضد الأخر باسم مدينه أي المقاول الأصلي لمطالبته بحقوق هذا الأخير الثابتة في ذمة الطرف الأخر.

فعن طريق هذه الدعوى يطالب رب العمل من المقاول الفرعي بانجاز العمل و تسليمه و بالضمان، و أيضا يكون للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل بتمكينه من العمل و تسلمه و تقبله مستعملا في ذلك حق مدينه[2].

و إذا ما أراد رب العمل الرجوع على المقاول الفرعي بسبب عدم تنفيذ عقد المقاولة الفرعية، فلا يمكنه ذلك إلا من خلال دعوى المسؤولية التقصيرية، و التي يكون فيها ملزما بإثبات الخطأ التقصيري المرتكب من المقاول الفرعي و الضرر اللاحق به جراء ذلك.

و هو الحكم ذاته بالنسبة للمقاول الفرعي في علاقته مع رب العمل ماعدا ما أقررته المادة **564** ، فلا يمكنه مسألة رب العمل إلا على الأساس التقصيري دون العقدي.

و من المعلوم أن في ذلك انعكاس على ممارسة الدعوى المدنية ضمن مهل محددة و نطاق التعويض و موضوع التضامن إلى غير ذلك من أوجه الاختلاف بين الأساسين[3].

---

[1] - د.محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه سنة 2004، جامعة الجزائر، ص :57.

[2] - د. السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 128 -129 ، ص:224 .

[3] - JEAN BERNAD HUGUES PERINET MAROLET,op cit,n1134/1,p:606

و قد كان القضاء الفرنسي مستقرا في تبني هذا الاتجاه[1].

و في هذا الصدد يبرز تسأل حول **مدى إمكانية تمسك رب العمل بإخلال المقاول الفرعي بالتزامه العقدي كخطأ تقصيري ؟**

يذهب بعض الشراح إلى عدم وجود تعارض بين مبدأ نسبية العقد و بين إمكانية التمسك بالخطأ العقدي كخطأ تقصيري، لأن تمسك رب العمل بعقد المقاولة الفرعية ليس على اعتبار هذا العقد تصرفا قانونيا إنما باعتباره واقعة هذا من جهة، و من جهة ثانية من الضروري أن يشكل الخطأ العقدي خطأ تقصيريا، أي يشكل انحرافا عن السلوك المألوف أو الواجب العام، و ليس إخلالا بالتزام عقدي محض[2] .

و الواقع أن جانبا من الفقه الحديث رفض اعتماد مبدأ نسبية العقد و المكرس للنظرة الفردية للعقود في مجال العقود الفرعية بما فيها عقد المقاولة الفرعية، تأثرا منه بالواقع الاقتصادي المستجد،

ليتساءل هل فعلا يعتبر رب العمل من الغير بالنسبة للمقاول الفرعي ؟ ألا يعمل هذا الأخير لحساب و لمصلحة الأول ؟ أليس رب العمل المستفيد الأول من تنفيذ عقد المقاولة الفرعية بصورة صحيحة ؟ أليس من العدل السماح لرب العمل بمسالة المقاول الفرعي مباشرة باعتباره المتسبب في الضرر الحاصل و المنفذ الحقيقي للأعمال؟.

و تحت تأثير هذه الحتميات الاقتصادية رأى هذا الاتجاه ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الأوضاع المستجدة و لو على حساب المبادئ المستقر عليها، ليعتنقوا فكرة **المجموعات العقدية** ، و يوسعون في مفهوم المتعاقد ، فلا يعود يقتصر على من ساهم في إبرام العقد فقط، بل مده ليشمل كل من ساهم في تنفيذه، و لو لم يشارك في إبرامه، باعتباره طرفا مستفيدا من العقد.

و من ثمة التوسيع حتى في نطاق المسؤولية العقدية و عدم تقيدها بالطرف المتضرر، بل مدها لتشمل كل متضرر مرتبط بأحد طرفي العقد برابطة عقدية.

و بالتالي وجوب ثبوت دعوى مباشرة لكل من المتعاقد الفرعي و المتعاقد الأصلي الأول اتجاه الآخر و مساءلته على أساس المسؤولية العقدية [3] ، و الإقرار بالمسؤولية العقدية في العقود الفرعية على اعتبار أن العقد الأصلي و العقد الفرعي يهدفان إلى تحقيق نفس الغرض، فلا بد من السماح لرب العمل بإقامة دعوى المباشرة على المقاول الفرعي و على أساس المسؤولية العقدية.

---

[1]-PH. Malaurie et Aynes, op. cit p 410 n°699

[2] - د. محمدي سليمان، المرجع السابق، ص:65 و كذلك د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 116

[3] - د.الجبوري ، المرجع السابق، فقرة5 ، ص:15

## الفقرة الثانية: موقف القضاء الفرنسي من المسؤولية في العقود الفرعية

تأثر القضاء الفرنسي في فترة معينة بالآراء الفقهية القائلة بوجوب إعادة قراءة لنصوص القانون المدني فيما يخص نظرته الفردية للعقود و ما ينجر عنها، و بوجوب تبني مفهوم المجموعات العقدية مما أدى إلى إحداث انقسام بين الغرف على مستوى محكمة النقض الفرنسية، و لكنه ما لبث أن زال وعاد القضاء إلى ما كان مستقر عليه، و لتبيان هذا الموقف نرجع إلى ما قبل صدور قرار**12 جويلية 1991** و ما بعده.

### أولا: موقف القضاء الفرنسي قبل 1991

إن القول بغياب علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل و المقاول الفرعي، يقتضي أن لا تكون مسألة رب العمل للمقاول الفرعي إلا على الأساس التقصيري، و هو ما استقر عليه القضاء و الفقه في فرنسا.

لكن ظهور مفهوم المجموعات العقدية و تأثر جانبا من القضاء به، أحدث انقسام بين الغرف على مستوى محكمة النقض الفرنسية، حيث تبنت إحدى غرفها هذا المفهوم قصد توحيد نظام المسؤولية داخل هذه المجموعات العقدية.

و البداية كانت باستبعاد الغرفة التجارية لمحكمة النقض للمسؤولية التقصيرية للمقاول الفرعي اتجاه رب العمل، بموجب القرار الصادر في **17 فيفري 1987**[1] ، و الذي جاء فيه" **أن العيب الحاصل في القطعة المصنوعة من قبل المقاول الفرعي، لا يعطي لرب العمل الحق في مقاضاته استنادا للمسؤولية التقصيرية" .**

فالغرفة التجارية لم تذكر صراحة في حكمها بأن العلاقة بين رب العمل و المقاول الفرعي هي عقدية و أن المسؤولية في هذا الإطار هي عقدية، لكن باستبعادها للمسؤولية التقصيرية يعني بمفهوم المخالفة أنها حتما عقدية .[2]

و إن كان القرار أعلاه لم يذكر صراحة بأن دعوى رب العمل ضد المقاول الفرعي هي ذات طبيعة عقدية ، فإن ذلك ما أوردته الغرفة المدنية الأولى صراحة في قرارها الصادر في **8**

[1] Cass.com, 17 février 1987, JCP, 1987, II, 20892, note Dubois
" Le défaut d'une pièce fabriquée par les sous-traitants ne pouvait donner lieu à une action quasi délictuelle du mètre de l'ouvrage"

.[2] -Jean-BERNARD AUBY, HUGUES PERINET-MARQUET,op cit ,n1134-1 p:606

**مارس 1988**، و ملخصه أن شخصا يدعى **HOLGUERA** قدم لشركة تصوير **CLIC CLAC PHOTO** صور من أجل تكبرها، فتعاقدت هذه الأخيرة من الباطن مع شركة **PHOTOCIN2 STRITT MUTTER** لتتولى تنفيذ هذه المهمة بدلا عنها لكن هذه الأخيرة أضاعت هذه الصور، فأقام رب العمل دعوى على الشركة المقاولة من الباطن أمام محكمة باريس على أساس المسؤولية التقصيرية، فحكمت له محكمة باريس بالتعويض، فطعنت شركة المقاولة من الباطن بالنقض، مدعية أن النزاع القائم تحكمه قواعد المسؤولية العقدية ، حتى تتمكن من التمسك بالشروط المحددة للمسؤولية الواردة في العقد الأصلي.

قضت الغرفة المدنية الأولى بتاريخ **8 مارس 1988**[1]، بأن "**علاقة رب العمل بالمقاول الفرعي هي حتما علاقة عقدية، و لا يمكن لرب العمل مقاضاة المقاول الفرعي إلا على أساس المسؤولية العقدية، و إن انعدام العقد بين رب العمل و المقاول الفرعي لا يمنع الأول من التمسك بالمادة 1147 من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية العقدية".**

و قد أكدت الغرفة المدنية الأولى موقفها هذا في قرار أخر صادر عنها بتـاريخ 21 **جـوان 1988**[2]فـي قـضية تـتلخص وقائعهـا، فـي تـضرر طـائرة مروحيـة تابعـة لـشركة **BRAATHENS SOUTH AMERICAN AND FAR EAST AIR TRANSPORET** في مطار بـاريس بسبب عيب في الجرار الذي كان يحركها داخل المطار، فأقامت دعوى ضد كل من البـائع **SOYBY** و الشركة المصنعة **SODE REP** دون مطار باريس، لوجود بند ضمن عقد المساعدة القائم بينهما يقضي بإعفائه من أي مسؤولية ، فأقرت محكمة الدرجة الأولى مسؤوليتها التقصيرية و حكمت عليهـا بأداء تعويض للشركة الطيران.

لكن بعد الطعن بالنقض قضت الغرفة المدنية الأولى بأنه : " **في سلسلة العقود فإن قواعد المسؤولية العقدية هي التي تحكم طلب التعويض المقدم من المتضرر طالما أن له علاقة بالعقد الأصلي ، و أن دعوى رب لعمل ضد صانع الآلات المعيبة هي دعوى مبنية على أساس المسؤولية العقدية ولو لـم يكن رب العمل طرفا في العقد القائم بينهما ".**

---

2 Cass.civ.1er chambre, 8 mars 1988, JCP, 1988, II, 21070, note Jourdain
" Dans le cas ou le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette dernière que d'une action de nature nécessairement contractuelle qu'il peut exercer directement dans le limite de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué"

[2]Cass.Civ, 1er, 21 juin 1988, JCP, II, 21125, note patrice, Jourdain.

و الذي جاء فيه:

" Dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en répartition de tout ceux qui n'ont souffert du dommage que parce que qu'ils avaient un lien avec le contrat initial

و الجدير بالذكر أن الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض أحاطت الدعوى رب العمل المباشرة ضد المقاول الفرعي و التعويض على أساس المسؤولية العقدية بقيدين أساسين :

**القيد الأول**: أن لا يلتزم المقاول الفرعي إلا في حدود ما تعهد به نحو المقاول الأصلي في عقد المقاولة الفرعية.

فلو كان قد اشترط إعفاءه من المسؤولية أو التخفيف منها ، فله أن يتمسك بذلك في مواجهة رب العمل و لو كان المقاول الأصلي لم يشترط مثل هذا الإعفاء أو التخفيف. فعندما يحتج رب العمل المتضرر بعدم بتنفيذ العقد لا بد أن يتوقع أن يحتج ضده بالحدود الخاصة بالمسؤولية، و بذلك فإن نظام المسؤولية المتولد عن عدم تنفيذ عقد المقاولة الفرعية، هو الذي يطبق و يفرض على رب العمل سواء من حيث ماهية الالتزام أو محتواه أو الاختصاص القضائي أو تقادم الدعوى.

**القيد الثاني**: لا يكون لرب العمل حقوقا أكثر مما له قبل المقاول الأصلي

فلا يحق لرب العمل الرجوع على المقاول الفرعي إلا في حدود التعويض الذي يكون مستحقا له اتجاه المقاول الأصلي فحسب، ولا يمكن أن تسمح مساءلة رب العمل المتضرر للمقاول الفرعي من الحصول على تعويض أكثر مما كان سوف يحصل عليه من مدينه المباشر أي المقاول الأصلي[1].

و في هذا الصدد يحق للمقاول الفرعي الاحتجاج ضد رب العمل بالشروط المعفية من الضمان أو المنقصة منه و الواردة في عقد المقاولة الأصلية و عقد المقاولة الفرعية، و بالتالي فهناك مجال للجمع بين شروط المتفق عليها في العقدين.[2]

لكن الغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية بقيت متمسكة بمبدأ نسبية العقد و مصرة على تطبيقه ، حيث قضت في قرارها صادر بتاريخ **22 جوان 1988**[3]، بأن الالتزام الذي يقع على عاتق المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة و هو تنفيذ الأعمال خالية العيوب ، كما أنه التزام عقدي بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، أما رب العمل فيعتبر من الغير و لا يمكنه الرجوع على المقاول الفرعي إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.

و قد أصرت الغرفة المدنية الثالثة على موقفها هذا من خلال عدة قرارات لها كالقرار الصادر في **13 ديسمبر 1983** و القرار الصادر في **28 مارس 1990**، مؤكدة في كل مرة على عدم وجود أي علاقة عقدية بين رب العمل و المقاول الفرعي و بين المقاول الأصلي و المتعاقد من

---

[2]. - Larroumet Christian, l’action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels, JCP, 1988, I ,3357.

[3] -Cass.Civ.III ch.21juin1988, J.C; P, 88, éd.G, II, 21125, note Jourdain.

الباطن مع المقاول الفرعي ، و أنه لا يحق لرب العمل أو المقاول الأصلي التمسك بعقد المقاولة الفرعية لأنه لا علاقة له بها .

### ثانيا- موقف القضاء الفرنسي بعد 1991

إن التناقض الحاصل بين غرف محكمة النقض الفرنسية حمل الجمعية العامة l'assemblé plénière على الإجماع و اصدر قرار مبدئي بتاريخ **12 جويلية 1991**[1] .

و تتلخص وقائع القضية الصادر فيها هذا القرار أن رب العمل **BOSSE** تضرر من إصلاحات قام بها المقاول الفرعي **PROTOIS** في العين المملوكة له، و لم يكتشف رب العمل العيوب إلا بعد 10 سنوات من تسلم العين، فرفع دعوى ضد المقاول الفرعي للمطالبة بالتعويض.

فقضت محكمة **NANCY** في حكمها الصادر بتاريخ **11 جانفي 1990** برفض دعواه على أساس أن مسؤولية المقاول الفرعي هي مسؤولية عقدية و أنها تقادمت بمرور **10 سنوات.**

فطعن رب العمل بالنقض في هذا الحكم، لتصدر الجمعية العامة قرارها المبدئي معتبرة أن محكمة الاستئناف قد خرقت القانون و قضت بما يخالف مضمون المادة **1165** من القانون المدني، لأنه لا وجود لعقد بين رب العمل و المقاول الفرعي، و بالتالي لا يحق لهذا الأخير التمسك بأحكام المسؤولية العقدية و لا الاحتجاج بالتقادم العشري لهذه المسؤولية.

و بهذا القرار تكون الجمعية العامة منعقدة بكامل هيأتها ، قد أيدت موقف الغرفة المدنية الثالثة المكرس لمبدأ نسبية العقود و عدم سريان العقد إلا بين أطرافه، و استبعدت في ذات الوقت مفهوم المجموعات العقدية رافضة الاستناد إلى العقود المتتالية كأساس للمسؤولية العقدية[2].

و الملاحظ أن الغرفة المدنية الأولى قد امتثلت لقرار الجمعية العامة، حيث قضت في قرار صادر بتاريخ **16 فيفري 1994** بأن مبدأ نسبية العقد يحول دون ادعاء المهندس على المقاول الفرعي المكلف بتنفيذ أعمال التدفئة وفقا لأحكام المسؤولية العقدية لأنه غير مرتبط معه بعقد[3].

---

[1] . Cass. Plén ; 12 juillet 1991, JCP, 1991, II, 21743, note Geneviève Viney

و الـــــــــــــــذي جـــــــــــــــاء فيـــــــــــــــه:

" Le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de L'ouvrage. Dés lors, en cas de mal flacons de son propre chef, il ne peut lui opposer les moyens tirés du contrat de construction que ce maître d'ouvrage a conclus avec l'entrepreneur principale, mon plus que des disposition légales qui le régissent "

[2]- Stéphanie Porchy-simon, op. cit., p : 200

[3] Jean-Bernard AUBY, HUGUES Périnet-Marquet, op cit. n° 1134-1 p:607

و نتيجة لذلك كله تبقى علاقة رب العمل مع المقاولين الفرعين و كذا علاقة المقاول الأصلي مع المقاولين الذين تعاقد معهم مدينه من الباطن علاقة غير مباشرة، و بالتالي يكون لرب العمل باعتباره من الغير الرجوع على المقاول الفرعي فقط على أساس المسؤولية التقصيرية مع ما يترتب على ذلك من نتائج .

**ثالثا- تقيم لموقف القضاء الفرنسي**

أيد بعض الشراح موقف الجمعية العامة على اعتبار أن مفهوم سلسلة العقود يعني وجود علاقة اقتصادية بين هذه العقود، و لا يعني بالضرورة وجود علاقة قانونية بينهما.

كما أن هذا المفهوم غامض و مشوه لمفاهيم مستقرعليها منذ زمن، و لا يمكن الاستناد إليه للقول بوجود علاقة مباشرة بين المتعاقد الأصلي المتعاقد الفرعي، أي بين رب العمل و المقاول الفرعي ، و لا يمكن منح الأول حق الرجوع على الثاني وفقا لأحكام المسؤولية العقدية[1].

و مع ذلك فإن موقف الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية لم يسلم هو الآخر من النقد ، حيث يرى جانبا من الفقه أنه تجاهل ضرورات عملية هامة على اعتبار أن تنفيذ المشاريع الكبرى يتطلب دوما إبرام سلسلة من العقود ،و التي يجب اخضاعها كلها لنظام قانوني موحد، لا أن تكون المسؤولية فيها تارة عقدية و تارة أخرى تقصيرية.

كما لا يجوز أن يفاجأ المقاول الفرعي بدعوى تستهدف مسألته ضمن شروط مختلفة عن تلك التي كان يتوقعها أو مغايرة لتلك التي تطبق على المقاول الأصلي.[2]

ضف إلى ذلك كيف يمسح لرب العمل بمساءلة مورد المواد المستخدمة في البناء مباشرة و على أساس المسؤولية العقدية، بينما لا يمكنه ذلك اتجاه المقاول الفرعي منفذ للأشغال بالمشروع .

زيادة على ذلك أنه لا يمكن تجاهل حقائق ثابتة و هي أن الأعمال التي يقوم بها المقاولين الفرعيين تنفذ لمصلحة رب العمل فيكون المستفيد منها أو المتضرر منها ، فليس من العدل إبقاءه مكتوف اليدين أمام تصرفات المقاول الفرعي المضرة به خاصة إذا أصبح المقاول الأصلي معسرا أو غير قادر على إصلاح الأضرار الناجمة .

---

[1]- جاك غستان المطول في القانون المدني ، مفاعيل العقد أو أثاره، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، طبعة الأولى، سنة 2000 ، بند 755، ص: 931 و ما بعدها .

1-Néret Jean, op. cit, n° 372 et suite.

إطلاقا من هذه الاعتبارات يرى بعض الدارسين أن التطور الحاصل في مجال العقود الفرعية يؤدي إلى التوسيع من دائرة الأشخاص الملزمين بالعقد، لكنه بالمقابل تطور من الضروري تبنه، كون العلاقة بين العقود الفرعية حتمية و لابد أن تحكمها قواعد المسؤولية العقدية[1].

و يدعو البعض بضرورة تدخل المشرع ليقر لرب العمل حق مقاضاة المقاول الفرعي مباشرة باعتبار صاحب المصلحة الحقيقية في تنفيذ العمل، مثلما تدخل و أقر هذه الدعوى للمقاول الفرعي ضد رب العمل لمطالبته بالأجر.[2]

كما أن مسألة رب العمل للمقاول الفرعي على أساس عقدي تسهل عليه إثبات الخطأ من الجانب المقاول الفرعي ، حيث يكفيه التمسك بعدم تنفيذ العقد أو أن التنفيذ لم يكن وفقا للشروط المتفق عليها.

بالمقابل على رب العمل تحمل المخاطر الصاحبة لهذه الدعوى، و هي توقعه احتجاج المقاول الفرعي عليه بالشروط المعفية من المسؤولية أو المخففة منها ، كما أن التعويض الذي يمكن أن يحصل عليه، يقتصر فقط على الأضرار المتوقعة عند إبرام العقد .

فحين أن مسألة رب العمل للمقاول الفرعي على أساس تقصيري تلزمه بإثبات الخطأ التقصيري للمقاول الفرعي و قيام العلاقة السببية بين هذا الخطأ والأضرار اللاحقة.

و إن كان في ذلك نوع من الصعوبة للرب العمل، لكن من مصلحته التمسك بالمسؤولية التقصيرية في حال تجاوز الأضرار تلك التي كان بالإمكان توقعها عند إبرام العقد، أو حصلت بصورة لم تكن متوقعة، إذ أن المسؤولية التقصيرية تفتح المجال أمامه للتعويض عن كافة الأضرار دون أن يحتج عليه بالشروط المحددة للمسؤولية.

كما أنه غني عن البيان أن من مصلحة المقاول الأصلي أن يقاضي رب العمل مباشرة المقاول الفرعي، لأنه بذلك يكون في مأمن من الالتزام بتعويض رب العمل عن الخطأ ارتكبه المقاول الفرعي 3.

[1]- د. زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص:306.

[2] - د . مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 116.

[3]-- د. زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص : 305.

## المبحث الثاني: الحقوق المقررة قانونا للمقاول الفرعي

طبقا للقواعد العامة يحق للمقاول الفرعي باعتباره دائنا للمقاول الأصلي، أن يستعمل حق هذا الأخير في الرجوع على رب العمل عن طريق دعوى غير مباشرة يقيمها باسم المقاول الأصلي و لحسابه يطالبه فيها بالأجر المستحق له مقابل الأعمال المنجزة.

لكن هذه الدعوى لا تعطي للمقاول الفرعي أي أفضلية أو حق تتبع ، و حتى و إن ربحها فإن الحق المتحصل عليه يستقر في ذمة المقاول الأصلي ليدخل في الضمان العام و يستفيد منه كل دائني المقاول الأصلي و يتقاسمه المقاول الفرعي معهم قسمة غرماء، مما يضر حتما به.

كما أن هناك خطر أخر يهدد حصول المقاول الفرعي على مستحقاته، و هو تصرف المقاول الأصلي في حقه لدى رب العمل قبل إقامة المقاول الفرعي للدعوى غير مباشرة أو أثناءها.

لهذه الأسباب رأى المشرع الجزائري على غرار الكثير من التشريعات ضرورة منح المقاول الفرعي حماية قانونية خاصة تمليها اعتبارات إنسانية و العدالة، بسبب تعلق الحق المطالب به بالعمل الذي أنجزه، إذ يعتبر المنفذ الحقيقي لهذا العمل و الطرف الضعيف في العملية ككل.

فكان تدخل المشرع بموجب المادة **565** من القانون المدني، ليقرر جملة من الحقوق للمقاول الفرعي ، تتمثل في منحه حق مطالبة رب العمل مباشرة بماله في ذمة المقاول الأصلي ، و كذا منحه حق الامتياز في حالة ما إذا وقع حجز لأموال المقاول الأصلي بين يدي رب العمل ، بالإضافة إلى ذلك ما أوردت الفقرة الثالثة من المادة أعلاه ، حيث جعلت حقوق المقاول الفرعي مقدمة على حقوق من تنازل له المقاول الأصلي عن دينه الثابت في ذمة رب العمل ، إذ منع سريان حوالة الحق في مواجهته و لو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز.

و نظرا لما تثيره الدعوى المباشرة من مسائل قانونية عديدة يخصص لها المطلب الأول من هذا المبحث، بينما يتناول المطلب ثاني الحق في الامتياز.

## المطلب الأول: الحق في إقامة الدعوى المباشرة

وفقا للفقرة الثانية من المادة **565** من القانون المدني، فإذا أسند المقاول الأعمال المعهودة إليه إلى مقاول فرعي، فإنه ثبتت لهذا الأخير دعوى مباشرة قبل رب العمل يستطيع بمقتضاها مطالبته بما هو مستحق له من أجر.

و من المهم في بداية التعريف بالدعوى المباشرة الممنوحة للمقاول الفرعي و بيان خصائصها ثم شروط ممارستها لننتهي إلى النتائج المترتبة عن مباشرتها ضمن فروع ثلاث ، حيث يخصص الأول لمفهوم الدعوة المباشرة و الفرع الثاني لشروط ممارستها ، بينما يتناول الفرع الثالث النتائج المترتبة عنها بالنسبة للمقاول الأصلي و دائنيه بما فيهم المقاول الفرعي و رب العمل .

### الفرع الأول: مفهوم الدعوى المباشرة

يقتضي تحديد مفهوم الدعوى المباشرة التعرض إلى معناها، و الأساس القانوني الذي تقوم عليه من جهة، و من جهة ثانية تناول الخصائص المميزة لها و هو ما سيتم التعرض له في الفقرتين التاليتين:

#### الفقرة الأولى: التعريف بالدعوى المباشرة

إن التعريف بالدعوى المباشرة يستوجب تحديد معناها بالإضافة أساسها القانوني وهو ما سيتضح من الآتي:

#### أولا - معنى الدعوى المباشرة

يجمع الفقه في تعريفه للدعوى المباشرة على أنها "**حق الدائن في استفاء حقوقه مباشرة من مدين مدينه الأصلي دون مزاحمة من باقي دائني هذا الأخير ، يقيمها باسمه و لحسابه الخاص مستأثرا وحده بثمارها**".

و من ثمة تعتبر الدعوى المباشرة وسيلة تمكن الدائن من الوصول مباشرة إلى ذمة مدين مدينه دون المرور بذمة مدينه الأصلي، كما تمكنه من الاستفادة من بعض مظاهر القوة الملزمة للعقد القائم بين المدين و مدين المدين رغم اعتبار هذا الأخير من الغير بالنسبة له.

ضف إلى ذلك إن هذه الدعوى تعطي نوعا من الامتياز للدائن إذ تجنبه عسر مدينه و مزاحمة دائنيه، لهذا السبب اعتبرت استثناءا لمبدأ نسبية العقد و مبدأ المساواة بين الدائنين.[1]

و الجدير بالذكر أن الدعوى المباشرة اصطلاحا هي الدعوى التي تثبت للدائن في مواجهة مدين مدينه ، و بذلك فهي تختلف عن الدعوى التي تثبت للدائن في مواجهة مدينه المرتبط معه مباشرة بالعقد .

كما أن المشرع الجزائري لم يخص الدعوى المباشرة بنص عام مثل ما هو الحال بالنسبة للدعوى الغير المباشرة الواردة في المادة **189** من القانون المدني، مسايرا في ذلك الكثير من التشريعات العربية[2]، و هو سبب انحصار الدعوى المباشرة في حالات معينة قررها القانون على سبيل الحصر.

**ثانيا- الأساس القانوني للدعوى المباشرة**

وجدت فكرة الدعوى المباشرة صعوبة في الدخول إلى النظام القانوني ، نظرا لعدم تقبل الفقه لها لكونها تناقض مبدأ المساواة بين الدائنين و مبدأ نسبية العقود ، مما دفع ببعض الدارسين لها تركيز جهودهم على محاولة إيجاد مبرر لوجودها و تفسير الرابطة القانونية بين الدائن و مدين المدين حتى يتم تجاوز العائق الذي يشكله المبدأين السابقين.

فأسس البعض الدعوى المباشرة على فكرة الامتياز، بينما ردها البعض الأخر إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، في حين أرجعها قسم إلى فكرة الإنابة ، و قال أخرون بفكرة الإثراء بلا سبب.[3]

غير أن كل هذه النظريات لم تتمكن من تقديم أساس قانوني بعيد عن الإنتقادات، ليبقى الاتفاق على أن هذه الدعوى هي تقنية قانونية تخفف من صلابة مبدأ نسبية العقود و مبدأ المساواة بين الدائنين لا تثبت إلا بنص قانوني خاص، و من ضروري الأخذ بها تحقيقا للعدالة و الإنصاف.

---

[1] - د. علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، سنة 2001 ، ص :344 و كذلك فريدة زواوي ، المرجـع السابق ، ص 243 .

[2] - أورد قانون الموجبات و العقود اللبناني نصا عاما بالدعوى المباشرة في المادة **277** جاء فيه "يكون الأمر على خلاف ما تقدم إذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائي حق إقامة الدعوى المباشرة فإن نتائجها تعود الى المدعى دون سواه، ولا يلزمـه أن يقسم الربح بينه و بين سائر الدائنين على أن هذه المعاملة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت مقررة بنص صـريح يفـسر معناهـا المحصور"

[3] - جاك غستان، المرجع السابق، بند713، ص:882.

و على كل تجد الدعوى المباشرة في مجال عقد المقاولة الفرعية أساسها في نص المادة **565** من القانون المدني، لتكون الدعوى التي يقيمها المقاول الفرعي مباشرة ضد رب العمل أي مدين مدينه، لمطالبته بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.

**الفقرة الثانية : خصائص الدعوى المباشرة**

لدعوى المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل عدة خصائص، أشار المشرع إلى بعضها في المادة **565** من القانون المدني، بينما تولى الفقه بيان البعض الأخر و التي نذكرها فيما يلي:

**أولا - هي دعوى أصلية اختيارية خاصة و غير تامة**

توصف الدعوى المباشرة بأنها **دعوى أصلية اختيارية**، فهي لا تنطوي على تجديد لشخص المدين، و إنما تمنح للمقاول الفرعي مدينا إضافيا .

و من ثمة يحق للمقاول الفرعي - تبعا لمصلحته- أن يختار بين متابعة المقاول الأصلي أي مدينه المباشر على أساس عقد المقاولة القائم بينهما ، أو مقاضاة رب العمل استنادا لنص المادة **565،** أو حتى الجمع بين الدعويين و مقاضاة الاثنين معا، فيكونان ملزمين بالتضامن بدفع مستحقاته[1]، طالما أن المادة أعلاه لم تشترط صراحة لمباشرة و قبول الدعوى المباشرة ضد رب العمل ، عجز المقاول الأصلي عن الوفاء.

و نتيجة لذلك إذا أهمل المقاول الفرعي متابعة مدينه المباشر أي المقاول الأصلي لأي سبب من الأسباب، فإن ذاك لا يمنعه من مباشرة الدعوى المباشرة ضد رب العمل .

لهذا السبب تعتبر دعوى المقاول الفرعي المباشرة ضد رب العمل دعوى **أصلية** في القانون المدني الجزائري ، بينما هي دعوى احتياطية في القانون الفرنسي، كونه اشترط لممارسها عجز المقاول الأصلي عن الوفاء للمقاول الفرعي بعد مرور شهر من توجيه إنذار إليه[2].

كما توصف هذه الدعوى بأنها **مباشرة غير تامة** ، بمعنى أنها دعوى لا تجمد دين المقاول الأصلي بين يدي رب العمل لفائدة المقاول الفرعي إلا من وقت رفعها .

عكس الحال بالنسبة للدعوى المباشرة التامة التي تقوم بتجميد الدين منذ نشأته ، فتكون كل تصرفات المقاول الأصلي في دينه لدى رب العمل من قبض أو رهن أو تنازل قبل تاريخ رفع الدعوى

[1] - Néret, op.cit, n°441, p : 32.

[2]- جاك غستان ، المرجع السابق، بند 787 ص 963و ما بعدها.

المباشرة سارية المفعول اتجاه المقاول الفرعي و تشكل دفوعا مقبولة في مواجهته ، أما بعد هذا التاريخ فلا تكون نافذة في حقه[1].

و قد أشار المشرع إلى هذه الخاصية عندما أورد عبارة " **حق مطالبة رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ...**" .

أما كونها من الدعاوى **المباشرة الخاصة** فالمقصود منه أنها دعوى لا تسمح للمقاول الفرعي بمقاضاة سوى مدين فرعي معين و مطابقته بأموال محددة في ذمته ، أي أنه لا يحق للمقاول الفرعي مقاضاة سوى رب العمل الذي استفادة من الأعمال المنجزة و مطالبته بالأموال التي تكون للمقاول الأصلي في ذمته وقت رفعه للدعوى، و بالتالي فهي قاصرة على ما يكون للمقاول الأصلي لدى رب العمل و ليس على جميع أموال هذا الأخير ، كما يشترط أن يكون الدين مستحقا بسبب تنفيذ عقد المقاولة الفرعية.[2]

**ثانيا- دعوى مباشرة من النظام العام و ليس لها أثر انقضائي**

إن المقصود بعبارة أنها " **دعوى ليس لها أثر انقضائي** " أنه لا يترتب على تقريرها أو رفعها انقضاء حق المقاول الفرعي لدى المقاول الأصلي ، فحقه في الأجر لا ينقض إلا إذا أتت هذه الدعوى ثمارها.

فلو وفى رب العمل للمقاول الفرعي بالدين الذي في ذمته للمقاول الأصلي، و كان هذا الدين أقل مما هو مستحق للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، رجع المقاول الفرعي على المقاول الأصلي بما بقي مستحقا له3 .

و يجمع الفقه على اعتبار الدعوى المباشرة حكم يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز التنازل عنها مقدما في عقد المقاولة الفرعية.

كما لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلي عدم رجوع المقاول الفرعي أو عماله عليه بالدعوى المباشرة ، و إن حصل مثل هذا الاتفاق فإنه يكون عديم الأثر و لا يمس حقوق المقاول الفرعي و العمال ، لأنهم ليسوا طرفا فيه و حقهم في إقامة الدعوى المباشرة مستمد من نص القانون[4].

و قد نص المشرع الفرنسي في المادة **2** من قانون **75- 1334** صراحة على اعتبار الدعوى المباشرة من النظام العام و عدم جواز التنازل عنها، و سايره القضاء في ذلك حتى أن محكمة النقض

---

[1]- Marie –laure izorche, op. , cit, n° 14 p3

[2].- Christophe Jamin, contrats et obligations, action directe J.C.P., ed. 1993, facs : 38-1, p : 13 et suite.

[3] -Christophe Jamin, op. cit. ,n63, p:14

[4]- د. السنهوري، المرجع السابق ، هامش 1 ص 229

تجاوزت ما تقرره القواعد العامة بشمن جواز التنازل عن الحقوق المتعلقة بالنظام العام بعد اكتسابها و قضت بأن البطلان لا يمس فقط التخلي المسبق عن الدعوى المباشرة، بل يمس كذلك الصلح المستبعد للدعوى المباشرة[1].

أما المشرع الجزائري فلم يتعرض لهذه المسألة رغم أهميتها ، لهذا السبب فإنه من الضروري تدارك هذا الإغفال و النص صراحة على عدم جواز تنازل عن حق في الدعوى المباشرة ضمانا لفعالية نظام الحماية المقرر للمقاولين الفرعيين، خاصة و أن عقد المقاولة الفرعية هو عقد تبعي و يمكن أن تمارس ضغوطات على المقاول الفرعي عند إبرامه و يشترط عليه تخليه عنها، و الأكيد أن مثل هذه الشروط تؤدي حتما إلى سلبه الحماية التي أرادها له المشرع.

## الفرع الثاني: شروط ممارسة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة

إن للدعوى المباشرة شروط يجب أن تستوفيها حتى تقبل و تأتي ثمارها، لهذا من اللازم في البداية تحديد صفة الأشخاص الذين يجوز لهم رفعها و الأشخاص الذين تقام ضدهم من جهة، و من جهة ثانية الشروط الواجب توافرها فيهم و يكون ذلك في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فتخصص للدين و شروطه باعتباره موضوع الدعوى، بينما تتناول الفقرة الثالثة نتائجها على المقاول الأصلي و دائنيه.

### الفقرة الأولى: أطراف الدعوى

غني عن البيان أن طرفي الدعوى هما المدعي رافع الدعوى و المدعى عليه الشخص المقامة ضده ، لكن من المهم تحديد الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا الوصف، وهو ما سيتم في الآتي:

#### أولا- المدعي في الدعوى المباشرة

بينت المادة **565** من القانون المدني الأشخاص الذين يحق لهم إقامة الدعوى المباشرة و هم فئات ثلاث التالية: المقاول الفرعي، عمال المقاول الفرعي، عمال المقاول الأصلي.

و من ثمة تثبت الدعوى المباشرة كحق لكل مقاول ينطبق عليه وصف " **مقاول فرعي**" وفقا لما تم بيانه سابقا.

كما تثبت أيضا بصريح النص أعلاه **لعمال المقاول الفرعي** و **عمال المقاول الأصلي،** حيث يكون لهم الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد مقاول الأصلي باعتباره رب عمل بالنسبة للمقاول

---

[1] - Alain Benabent, op .cit., page 1496 .

الفرعي، و ضد رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي، فيرجون في الحالة الأولى بما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي للمقاول الفرعي بموجب عقد المقاولة الفرعية وقت رفع الدعوى، أما في الحالة الثانية فيرجعون بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلية وقت رفع الدعوى[1].

و الملاحظ أن تحديد المشرع الأشخاص الذين يحق لهم إقامة الدعوى مباشرة يفتح مجال للتساؤل هل تثبت الدعوى المباشرة لصالح فئات المذكورة أعلاه دون غيرهم ؟ أم أن هناك مجال لتوسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من هذه الميزة القانونية لتشمل المقاولين الفرعيين مهما كانت درجتهم ؟

رغم سكوت النص أعلاه على هذا الفرض، يجمع الفقه على ثبوت الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي مهما كانت درجته[2].

و يساير القضاء الفقه في ذلك حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ **1983/03/16 " من المتفق عليه فقها و قضاء إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضا بدوره من الباطن ، فإن للمقاول الثاني له الحق في رفع الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل للمقاول من الباطن الأول، غير أنه لا يجوز له أن يرفع تلك الدعوى المباشرة على رب العمل "**[3].

و يتضح من حيثيات هذا القرار أن القضاء الجزائري أجاز للمقاول الفرعي من الدرجة الثانية الاستفادة من أحكام المادة **565** من القانون المدني و إقامة دعوى ضد مدين مدينه المباشر، مما يعني ثبوت الدعوى المباشرة لكل مقاول فرعي مهما كانت درجته .

و هو نفس الاتجاه الذي تبناه القضاء الفرنسي حيث أقر صراحة هذا الحق للمقاول الفرعي مهما كانت درجته، حتى يساوي بين جميع المقاولين فرعين في الاستفادة من الحماية المقررة لهم[4].

و الأكيد أنه إلى جانب شرط الصفة، يجب أن يستوفي المقاول الفرعي بعض الشروط أهمها أن يكون دائنا للمقاول الأصلي، فإن كان قد تلقى حقه من هذا الأخير أو كان قد تنازل له عنه، فلا حق له في إقامة هذه الدعوى .

---

[1]- د. السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة131، ص: 228 .

[2]- د. السنهوري ،نفس المرجع ،بند 131 ص: 229 .

[3]- قرار محكمة العليا مؤرخ في 16 مارس 1983 ملف 30952/309540 المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الأول، ص15.

[4] -Dominique Rombure, le paiement du sous-traitant, l'action directe contre le maître de l'ouvrage L.G.D.J 1990, p :30 .

كما أنه من الضروري أن يثبت المقاول الفرعي وجود حق له لدى المقاول الأصلي ، و أن هذا الحق قد حل أجله.

لكن لا يشترط أن يكون بيد المقاول الفرعي سند تنفيذي، و لا أن يكون حقه محدد المقدار بدقة عند إقامة دعوى، و إن كان تعين مقدار الدين أمرا ضروريا متى كانت الدعوى مهنية للفصل فيها[1].

كما لم يشترط المشرع على المقاول الفرعي إثبات إعسار المقاول أو عجزه عن الوفاء أو إهماله في استعمال حقوقه و لا أن يوجه له إنذارا بالدفع .

و إن كان تغاض المشرع عن هذه الأمور تبرره طبيعة الدعوى المباشرة و ما ينشأ عنها من حق خاص و مباشر و شخصي لصاحبها على الدين الذي في ذمة مدين مدينه ، فالمقاول الفرعي يباشر الدعوى مباشرة دون الحاجة إلى مخاصمة المقاول الأصلي أو إدخاله في الخصومة و دون اشتراط إثبات عسره، فالدعوى قررت لمصلحته حتى يستوفي حقه في أقل وقت ممكن[2] .

و يتعين على المقاول الفرعي توجيه إنذار مباشرة لرب العمل، يلزمه فيه بوجوب دفع مقابل الأعمال المنجزة لصالحه، حتى يقيد حرية المقاول الأصلي في التصرف في ماله منذ ذلك التاريخ رغم أن هذه الإنذار غير موجه له ، لهذا من الضروري أن تدخل المشرع بالنص على إرسال نسخة من هذا الإنذار إلى المقاول الأصلي كذلك .

و نشير في هذا الصدد أن القانون الفرنسي لا يسمح للمقاول الفرعي بمقاضاة رب العمل إلا بعد إنذاره للمقاول الأصلي، و امتناع هذا الأخير عن الدفع بعد شهر من تاريخ توصله بالإنذار، مع اشتراطه توجيه نسخة من هذا الإنذار إلى رب العمل حتـى يجمد الدين بين يديه و يمتنع عن الوفـاء للمقاول الأصلـي[3] .

**ثانيا- المدعى عليه في دعوى المباشرة**

لا شك أن الطرف المقابل في الخصومة التي باشرها المقاول الفرعي هو رب العمل باعتباره مدين المدين ،ما لم يثبت أنه سبق و أن أدى ما عليه للمقاول الأصلي ،إذ لا يلزم إلا بدفع دين واحد.

لكن إذا فرضنا أن المقاول الفرعي قاول هو الأخر من الباطن و عهد بالأعمال المستمدة إلى إليه من المقاول الأصلي إلى مقاول آخر، **فعلى من يعود هذا الأخير بدعواه المباشرة** ؟

---

[1] -NERET,op.cit. , n°443, p 322 et suite.

[2] - أ. مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة297 ص:317.

[3] - أنظر المادة 2 من قانون الفرنسي رقم 75-1334 الصادر في 1975/12/13 و المتعلقة بالمقاولة الفرعية.

لم يتناول المشرع هذه الحالة، لكن الفقه يرى قياسا على ما ورد بالمادة **565** من القانون المدني برجوع المقاول الفرعي الثاني المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول الفرعي الأول و ليس على رب العمل الحقيقي، لأن هذه المادة مقتصرة على درجة واحدة من المقاولة من الباطن و لا تعطي الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي إلا قبل رب العمل أي مدين مدينه.

أما عمال المقاول الفرعي الثاني فيرجعون بهذه الدعوى على المقاول الفرعي الأول باعتباره مدين مدينهم و على المقاول الأصلي باعتباره مدين مدين مدينهم[1] .

و هو نفس الموقف الذي تبنته المحكمة العليا في القرار المشار إليه أنفا، حيث أعابت على القرار المطعون فيه أنه أعطى للمقاول الفرعي الثاني حق إقامة دعوى مباشرة على رب العمل الحقيقي بدلا من المقاول الأصلي .

و إذا كان لهذا الرأي ما يبرره من الناحية القانونية ، على اعتبار أن دعوى المباشرة تثبت للدائن في مواجهة مدين مدينه ، فإن التطبيقات العملية تظهر أن هذا الموقف يتسم أحيانا بنوع من الإجحاف خاصة إذا كان المقاول الأصلي في حالة إفلاس ، حيث يكون من حق المقاولين الفرعيين من الدرجة الأولى مطالبة رب العمل مباشرة ، أما المقاولين الفرعيين من الدرجة الثانية فتكون دعواهم غير مجدية.

و تناديا لهذه الوضعية الغير عادلة استقر القضـاء فـي فرنسـا علـى منح المقاولين الفرعيين مهمـا كانت درجتهم الحق في متابعة رب العمل الحقيقي مباشرة باعتباره المستفيد الفعلي من الأعمال المنجزة[2].

و الضاهر أن هذا الرأي جدير بالإتباع بالنظر للهدف الذي سعى المشرع إلى تحقيقه و هو حماية المقاولين الفرعي و بالتالي لا ضرورة للتمييز بينهم .

و مما لا شك فيه أن إقامة الدعوى المباشرة ضد رب العمل، يقتضي حتما أن يكون هذا الأخير مدينا حقيقيا للمدين الأصلي، فإن كان رب العمل قد وفى له بالدين ، برئت ذمته نحو المقاول الفرعي.

كذلك إذا انقضى الدين بين المقاول الأصلي و رب العمل قبل توجيه المقاول الفرعي إنذارا لهذا الأخير بأي سبب من أسباب الإنقضاء ، سرى ذلك في حق المقاول الفرعي و لم يعد بإمكانه مقاضاة رب العمل على هذا الأساس، لأن رب العمل ملزم اتجاه المقاول الفرعي بصفته مدين مدينه و ليس بصفته مسؤول عن الغير أو كفيل.

---

[1] - د. السنهوري، المرجع السابق،بند 131 ص:229 و كذلك أ. أنور طلبة، المرجع السابق، ص:301 .

[2] - Dominique Rombure, op.cit p:31.

و يترتب على ذلك أن رب العمل ملزم فقط بما يزال في ذمته اتجاه مدينه الخاص أي المقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، بمعنى أن المقاول الفرعي لا يستطيع مطالبة رب العمل بأكثر مما يمكن أن يطالبه به مدينه المباشر.

و الملاحظ أن المادة الثالثة من القانون الفرنسي **75-1334** المتعلق بالمقاولة الفرعية تشترط موافقة رب العمل على المقاولة عن الباطن و على الشروط المتعلقة بدفع الأجرة المقاول الفرعي.

و قد استقر القضاء الفرنسي على وجوب توفر هذا القبول المزدوج لمباشرة الدعوى المباشرة ضد رب العمل، حيث قضت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في **13 مارس 1981** بأنه" **يمكن لرب العمل الاحتجاج ضد المقاول الفرعي عند عدم قبوله به و موافقته على شروط الدفع الواردة في عقد المقاولة الفرعية**" ، كما أقرت في حكم أخر " **أن الموافقة رب العمل الضمنية أو الصريحة على مقاولة الفرعية شرط ضروري لرفع الدعوى المباشرة ضده "[1].**

لكن عدم قبول رب العمل بالمقاولة الفرعية لا يمنع من التفضيل المقاول الفرعي الخفي على باقي دائني المقاول الأصلي في حالة إفلاس هذا الأخير، كون القضاء الفرنسي يرفض تحميل المقاول الفرعي وحده نتائج الخطأ المرتكب من المقاول الأصلي، كونه هو الملزم بالحصول على موافقة رب العمل على المقاولة الفرعية[2].

## الفقـرة الثانيـة : مـوضـوع الدعـوى المباشـرة

حددت المادة **565** من القانون المدني موضوع دعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل بعبارة **" بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى "**

و الأكيد أن سقوط حرف" **لا**" من النص العربي أدى إلى تغير المعنى المقصود، و بالتالي يجب على المشرع استدراك ذلك و تصحيح العبارة بجعلها بما " **لا يجاوز القدر** " **.**

كما سبق بيانه فهذه العبارة تؤكد أن دعوى المقاول الفرعي ضد رب العمل هي من الدعاوى المباشرة غير الكاملة، فهي لا تشمل جميع أموال رب العمل، و إنما تقتصر على ما يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت مباشرتها.

---

[1] - Jean –Bernard, Auby et Hugues Périnet -Marquet .op.cit, n°1098, p:581

[2]- د. زواوي فريدة، المرجع السابق،ص:226 .

و على هذا الأساس فموضوع هذه الدعوى المباشرة مقيد بثلاثة قيود هي:

**القيد الأول:** إن الأجر مقدر حسب ما هو متفق عليه في عقد المقاولة الفرعية كالمقابل الأعمال المتفق بشأنها في هذا العقد ، أي على المقاول الفرعي أن يطالب رب العمل فقط بالأجر المستحق له و ما يتبعه من نفقات و ثمن الأدوات و الفوائد[1] .

و بالتي لا يحق للمقاول الفرعي مثلا مطالبة رب العمل بتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب المقاول الأصلي[2]، و من ثمة لا يتصور قبول الدعوى المباشرة في حالة بطلان عقد المقاولة الفرعية.

كما أنه لو طلب المقاول الأصلي من المقاول الفرعي أثناء التنفيذ، القيام بأعمال إضافية دون الحصول على موافقة رب العمل فأن مطالبة المقاول الفرعي بمقابل عن هذه الأعمال الإضافية لا تكون مقبولة.

**القيد الثاني**: يكون الأجر كمقابل عن الأعمال التي استفاد منها رب العمل فعليا.

و بالتالي فإن هذا القيد لا يخرج من نطاق المطالبة المباشرة الأعمال التي لم ينجزها المقاول الفرعي فقط ، لكن الأعمال التي أنجزها المقاول الفرعي و لم يستفد منها رب العمل[3].

**القيد الثالث:** إن الأجر المطالب به هي المبالغ التي مازالت بذمة رب العمل لصالح المقاول الأصلي.

فمن غير الجائز لرافع الدعوى أن يطالب رب العمل بكل حقوق المقاول الأصلي إذا كانت تتعدى حقه، و لا المطالبة بكل حقه إذا كان أكثر مما للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل.

مثلا: هذا كان المقاول الفرعي دائنا للمقاول الأصلي بمبلغ **5000 دج** و المقاول الأصلي دائنا لرب العمل بمبلغ **10.000** دج، فلا يحق للمقاول الفرعي سوى المطالبة ب**5000 دج.** أما إذا كان المقاول الأصلي دائنا لرب العمل بمبلغ **4000 دج** ، فلا يحق للمقاول الفرعي سوى المطالبة ب **4000 دج** أما **1000 دج** الباقية فتظل دينا له في ذمة المقاول الأصلي إلى أن يف بها . و حتى الفوائد فإن القضاء الفرنسي يشرط احتسابها من تاريخ الإنذار بالدفع الموجه لرب العمل و ليس من بداية تاريخ الإنذار الموجه للمقاول الأصلي .

و مرد هذا التحديد في المطالبة أن الدعوى المباشرة التي يمارسها المقاول الفرعي ضد رب العمل، لا تجعل من الأول دائنا شخصيا للثاني حتى يطالبه بكل مستحقاته، كما أن الحق المطالب به يدخل مباشرة في ذمة المقاول الفرعي و يستأثر به وحده.

---

[1] - د. السنهوري ، المرجع السابق بند 131 ص: 227.

[2] - Jean –Bernard Auby –Hugues Périnet - Marquet, op, cit,n°1106,p:588

[3] - Alain Benabent, op. .cit , p:1496

و قد أصاب المشرع عندما جعل رجوع المقاول الفرعي على رب العمل بأقل القيمتين قيمة الدين الذي له في ذمة المقاول الأصلي أو قيمة الدين الذي للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل ، لأن في ذلك مراعاة لمركز الطرفين، فهو لم يجبر رب العمل على دفع أكثر مما عليه ، و جنب المقاول الفرعي من مواجهة أي ضرر باستباعده لمبدأ الفصل بين الدعاوى المباشرة principe du cloisonnement، إذ لم يولي أهمية لمصدر الدين الثابت في ذمة رب العمل اتجاه المقاول الأصلي.

عكس الحال بالنسبة للقانون و القضاء الفرنسيين اللذين وقعا في لبس بسبب نص المادة **13** من قانون **75- 1334** التي حددت موضوع الدعوى المباشرة بما بقي في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي و الخاص بالأعمال المقاول عليها من الباطن و التي استفاد رب العمل منها شخصيا ، حيث فسرت هذه المادة على أن الدعوى المباشرة تخص فقط المبالغ التي في ذمة رب العمل و المخصصة كمقابل عن الأعمال المنجزة من قبل مقاول الفرعي.

مما حتم تدخل الغرفة المختلطة من خلال قرارها الصادر في **18 جوان 1982 ،** و الذي يتلخص فقيام رب العمل بتسديد للمقاول الأصلي جزء من قيمة الأعمال التي أنجزها المقاول الفرعي، لكن المقاول الأصلي لم يدفع للمقاول الفرعي مستحقاته رغم إنذاره ، ليتم بعد ذلك تصفية ممتلكات المقاول الأصلي، فأقام المقاول الفرعي دعوى أمام محكمة **Versailles** ضد رب العمل على أساس أنه مازال مدينا للمقاول الأصلي، لكن هذه المحكمة رفضت دعواه.

و على إثر طعن بالنقض ألغت الغرفة المختلطة هذا الحكم على اعتبار أن المادة **13** من قانون **75-1334** لا تضع أي تميز بين مصدر الدين، و أن الدعوى المباشرة تقبل ما دام رب العمل مازال مدينا للمقاول الأصلي مهما كان مصدر هذا الدين،، طالما أنه كذلك بسبب عقد المقاولة[1] .

تجدر الإشارة في هذا الصدد، أنه من المحتمل أن يحصل رافع الدعوى على أقل مما طلب أو لا يحصل على شيء ، طالما أنه يحق رب العمل تمسك مبدئيا بجميع الدفوع التي قد يؤدي قبولها إلى الإنقاص من موضوع الدعوى أو حتى عدم الحكم به ، و التي كان من الممكن أن يتمسك بها اتجاه المقاول الأصلي مثل المقاصة مع غرامة التأخير أو التعويض عن العيوب الإنجاز، باستثناء طبعا الدفوع التي نشأت بعد رفع الدعوى المباشرة.

## الفـرع الثـالث : نتائـج الدعـوى المباشـرة

إن إقامة الدعوى المباشرة ممن له الحق في مباشرتها ينشأ حتما نزاعات بينه و بين كل من له علاقة مديونية مع المقاول الأصلي .

---

[1]- Dominique Rombure, op.cit, p : 29.

فقد يجد المقاول الفرعي رافعها نفسه في مواجهة دائن أخر من أصحاب الحق فيها أو أي دائن أخر للمقاول الأصلي أو حتى رب العمل و دائنيه، مما ينشأ حتما نزاعات فيما بينهم تقتضى بيان حلولها، لهذا من ضروري تحديد مختلف الحالات الممكنة لهذه النزاعات في الفقرات الثلاث التالية.

## الفقـرة الأولـى: نتائـج الدعـوى المباشـرة علـى المقـاول الأصلـي

لا تؤثر الدعوى المباشرة في علاقة المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي و لا في علاقته برب العمل، إذ يبقى المقاول الأصلي مدينا للمقاول الفرعي، و يترتب على ذلك نتائج هامة تتلخص فيما يلي:

**<u>الأولـى:</u>** بإمكان المقاول الفرعي أن يستوفي دينه من المقاول الأصلي فتبرأ ذمة رب العمل اتجاه المقاول الفرعي و لا يرجع عليه بشيء .

**<u>الثانيـة</u>**: إذا وفى رب العمل للمقاول الفرعي بالدين الذي في ذمته للمقاول الأصلي و كان هذا الدين أقل مما للمقاول الفرعي في ذمة المقاول الأصلي، حق للمقاول الفرعي الرجوع على المقاول الأصلي بما بقي مدينا به أو التقدم في تفليسة ، حتى يستوفي حقه كاملا من رب العمل و التفليسة .

**<u>الثالثـة:</u>** يبقى المقاول الأصلي دائنا لرب العمل ، لكنه لا يستطيع استفاء حقه منه بعد رفع الدعوى المباشرة أو توجه الإنذار بالدفع لرب العمل، و يكون مركزه أشبه بمركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير.

فلا تبقى للمقاول الأصلي سلطة التصرف في حقه لدى رب العمل بعد أن يجمد بفعل الإنذار أو رفع الدعوى المباشرة ، إذ تتقيد حريته بعدما كان بإمكان القيام بجميع أنواع التصرفات من استفاء أو مقاصة أو إبراء، و التي تكون سارية المفعول في حق المقاول الفرعي دون قيد أو شرط استيفاء حقه كله أو بعضه.

و يكون هذا الوفاء ساريا في حق المقاول الفرعي و لو كان بمخالصة غير ثابتة التاريخ أو كان الوفاء بأقساط معجلة[1]. و دون أن يكون للمقاول الفرعي الرجوع على المقاول الأصلي سواء بدعوى المسؤولية التقصيرية أو على أساس الإثراء بلا سبب، فهو لم يرتكب أي خطأ عندما استوفى حقه و لم يثرى على حسبه بدون سبب، فالمقاول الأصلي قبض ما يستحقه بمقتضى عقد المقاولة الأصلية .

---

[1]- د . السنهوري المرجع السابق ، فقرة 132، ص 229 و ما بعدها .

أما من وقت توجيه الإنذار بالوفاء لرب العمل أو إقامة الدعوى المباشرة ضده ، فيمنع على المقاول الأصلي أن يتصرف في حقه لدى رب العمل، و إن فعل فإن تصرفه هذا لن يكون ساريا في حق المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة ، كما لا يمكنه استفتاء حقه أو إجراء مقاصة أو إبراء .

لهذا السبب يشترط في تصرف المقاول الأصلي في حقه لدى رب العمل أن يكون ثابت التاريخ لتتحدد فيما بعد مسألة نفاذه من عدمها اتجاه مقاول الفرعي.

أما إذا تخلف هذا الشرط و كان التصرف غير ثابت التاريخ ، فلا يكون نافذا في حق المقاول الفرعي كقاعدة عامة مهما كانت طبيعته ( كالتجديد ، المقاصة ...الخ ) و يكفي التمسك بعدم النفاذ كأثر لرفع الدعوى المباشرة دون الحاجة إلى اتخاذ إجراء أخر كرفع الدعوى البوليصة مثلا.

لكن يستثنى من هذه القاعدة العامة، الحالة التي يكون فيها الاستيفاء ثابت بمخالصة لأن لها حجية في تاريخها العرفي[1] ، و كذلك حالة تنازل المقاول الأصلي عن حقه لدى رب العمل للغير عن طريق حوالة الحق ، فطبقا للفقرة الأخيرة من المادة **565** من القانون المدني التي تنص بأن "**حقوق المقاولين الفرعيين والعمال مقدمة على حقوق الشخص التي تنازل له المقاول عن دينه اتجاه رب العمل**" ، و من ثمة لا تسري الحوالة في حق المقاول الفرعي و لو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء، فيتقدم حق المقاول الفرعي على حق المحال له خروجا عن ما تقضي به القواعد العامة من كون حوالة الحق تسري في حق المقاول الفرعي إذا صارت نافذة في حق الغير قبل إنذار رب العمل بالوفاء.

### الفقـرة الثانيـة : نتائـج الدعـوى المباشـرة علـى دائنـي المقـاول الأصلـي

لا تقتصر تبعات الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي ، بل تمتد إلى دائنيه سواء كانوا من أصحاب الدعوى المباشرة أو من الدائنين العاديين، و هو ما سيتم شرحه في الآتي:

#### أولا- حالـة النـزاع بيـن حائـزي الدعـوى المباشـرة

رأينا سابقا أن الدعوى المباشرة حق يملك ممارسته كل من المقاول الفرعي و عماله و عمال المقاول الأصلي، لهذا السبب يحدث أن يباشر هؤلاء الدائنين الدعوى المباشرة ضد رب العمل لمطالبته بما في ذمته للمقاول الأصلي في وقت واحد، فكيف يكون الحل القانوني لهذه الوضعية ؟

لا إشكال على الإطلاق إن كان الدين الذي في ذمة رب العمل اتجاه المقاول الأصلي يغطي كل المبالغ المستحقة لأصحاب الدعوى المباشرة ، إذ يأخذ كل واحد منهم نصيبه.

---

[1] - د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:96 .

لكن الإشكال يطرح فعلا عندما لا يكفي هذا الدين للوفاء لهم جميعا، فكيف يحل النزاع القائم بينهم في هذه الحالة ؟

يجمع الفقه على أنه إذا تعدد الدائنون المستفيدون من الدعوى المباشرة و رفعها جميعهم و لم يكن في ذمة رب العمل من أموال المقاول الأصلي ما يفي بجميع حقوقهم ، تقاسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيها بينهم كل بنسبة حقه ، و يتساوى في ذلك تزاحم المقاولون الفرعيين فيما بينهم أو هم و عمال المقاول أو هؤلاء جميعا و معهم عمال المقاول الفرعي ، فالقانون لم يعطي حق الأفضلية أو حق الامتياز لأحدهم دون الباقين ، لهذا ينبغي أن يعاملوا كلهم على قدم المساواة[1].

و هو الحل الذي استقر عليه القضاء الفرنسي و الضاهر من القرار الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ **11 فيفري 1987** في قضية تتلخص وقائعها في إبرام شركة **PROSOR** عقد مقاولة مع شركة **CMPEI** لتنجز لفائدتها بعض الأعمال، فقامت هذه الأخيرة بالتعاقد مع عدد من المقاولين الفرعيين من بينهم شركة **SETIP** ليتولى كل واحد منهم جزء من هذه الأعمال.

بعد فترة تعرض المقاول الأصلي **SOC.CMPE** للتسوية القضائية ، فأقام المقاول الفرعي SETIP دعوى مباشرة ضد رب العمل مطالب إياه بكامل المبلغ المستحق له مقابل عن الأعمال التي أنجزه لصالحه، فتبعه باقي المقاولين الفرعيين في مباشرة دعوى ضد رب العمل، لكن تمسك المقاول الفرعي SETIP بحقه في الأفضلية في استيفاء كامل المبلغ دون أن يتشارك مع باقي المقاولين الفرعيين على أساس أنه الأول من رفع الدعوى المباشرة.

لكن محكمة باريس رفضت الاعتراف للمقاول الفرعي SETIP بحق الأفضلية عن باقي المقاولين الفرعيين الآخرين ، و قد أيدتها في ذلك الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض ، حيث اعتبرت أن هذا الحكم على صواب في ما قضى به ، كون قانون **13 ديسمبر 1975** لم ينشأ حق الأفضلية و لا حق الامتياز لصالح أحد المقاولين الفرعيين عند تعددهم، و أنه ينبغي معاملتهم على قدم المساواة عند ظهورهم قبل قيام رب العمل بالتسديد لبعضهم أو قبل صدور حكم قضائي في الدعوى المباشرة[2].

---

[1] - د. السنهوري المرجع السابق ، هامش 1 ص: 232.

[2] - CASS, 3 CIV, 11 FEVRIER 1987 Bull, III; N°26, p: 16.

« L'arrêt retient exactement que le loi du 13 décembre 1975 n'a établi ni droit priorité ni privilège au profit de l'un des sous- traitants, en cas de concours entre eux, et décrite justement qu'il devient être traités à égalité, des lorsqu'il s'était manifestes avant paiement par le maître de l'ouvrage de certains d'entre ou décision judiciaire consacrant l'exercice à leur profit de l'action direct.

هذا القرار وارد في: .- Dominique Rumbure ,op. cit, p 75 P 36 annexe

الأكيد أنه حتى يتمكن المقاول الفرعي من تجنب مزاحمة باقي المقاولين الفرعي أو الدائنين الأخرين أن يبادر بالاتخاذ إجراءات سابقة على رفع الدعوى المباشرة و ذلك توجيه إنذار لرب العمل قبل أن يقوم هذا الأخير بالوفاء لأحد المقاولين الفرعيين الآخرين أو حتى عمالهم أو عمال المقاول الأصلي، أو قبل صدور حكم قضائي في الدعوى المباشرة المقامة من طرف أحد هؤلاء الأشخاص[1].

**ثانيا- النزاع بين المقاول الفرعي ودائني المقاول الأصلي من غير حائزي الدعوى المباشرة**

قد يضطر المقاول الأصلي إلى البحث عن مصادر مالية لتمويل مشروعه، فيقوم إما برهن المشروع أو التنازل عن حقه لدى رب العمل للغير، فمثل هذه التصرفات قد تهدد امكانية استيفاء المقاول الفرعي لحقه في الأجر مما يولد نزاعات بينهم.

طبقا للقواعد العامة يحق لدائني المقاول الأصلي من غير أصحاب الدعوى المباشرة مطالبة رب العمل بما في ذمته لمدينهم، أما عن طريق دعوى غير مباشرة أو بتوقيع حجز ما لمدين لدى الغير.

غير أن توجيه أحد المستفدين من الدعوى المباشرة إنذار بالدفع لرب العمل أو رفع هذه الدعوى، يمنع على هؤلاء الدائنين سلوك طريق الدعوى غير المباشرة لأن ما يحضر على صاحب الحق ( المقاول الأصلي ) يحضر على كل من يحل محله.

كما يمنع عليهم إجراء حجز ما للمدين لدى الغير، فلا يجوز لهم البدء فيه بعد إنذار رب العمل أو إقامة الدعوى المباشرة ضده ، و إن صادف و أن تم توقيعه قبل هذا التاريخ دون أن يصدر حكم قضائي بتثبيته ، فلا يعود بإمكان الدائن الحاجز الاستمرار فيه، و حتى و إن صدر حكم فيه، فإنه لا يكون نافذا في حق المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة.

نتيجة لذلك فإن حائز الدعوى المباشرة يتغلب دائما على الدائن الأخر للمقاول الأصلي سواء باشر الدعوى غير المباشرة أو سلك طريق الحجز ما للمدين لدى الغير[2].

---

[1] Jean –Bernard Auby –Hugues Périnet - Marquet, op. cit. , n° 1106-4 p: 590

[2] - د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:98.

**الفقـرة الثالثـة: نتائـج الدعـوى المباشـرة علـى رب العمـل و دائنيـه**

يتأثر رب العمل بالدعوى المباشرة التي يقيمها ضده المقاول الفرعي، كما تمتد آثارها لدائنيه حتى ولو كانوا من الغير بالنسبة للمقاول الفرعي، و هو ما يتضح مما يلي:

**أولا- نتائـج الدعـوى علـى رب العمـل**

يترتب على إقامة المقاول الفرعي للدعوى المباشرة ضد رب العمل تجميد الدين الذي عليه لصالح المقاول الأصلي من وقت ممارستها، ليخصص للوفاء بحقوق رافعها.

إن حكم التجميد يسري على المقاول الأصلي و كذلك على رب العمل ، فيحق لهذا الأخير قبل إقامة الدعوى المباشرة أو توصله بالإنذار من قبل مقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي التصرف بكل حرية في هذا الدين، فيجوز له أن يوفي للمقاول الأصلي بحقه كله أو بعضه أو لدائنيه فتبرأ ذمته نحو المقاول الفرعي، كما له أن يجري مقاصة بين حق المقاول الأصلي الذي في ذمته و حقه لدى المقاول الأصلي.

لكن بعد هذا التاريخ يمنع رب العمل من الوفاء للمقاول الأصلي، بل يجب أن يكون الوفاء للمقاول الفرعي وحده حتى و لو كان دين معلقا على شرط أو مقترنا بأجل فيكون عندئذ ملزما بالوفاء الدين للمقاول الفرعي بعد أن يتحقق الشرط أو يحل الأجل[1].

أما و إن قام رب لعمل بالوفاء للمقاول الأصلي، اعتبر مخطأ و كان الوفاء غير ساريا في حق المقاول الفرعي و العمال ، فيلزم رب العمل بإعطاء هؤلاء حقوقهم في حدود ما يكون للمقاول الأصلي من مال في ذمته ، ثم يرجع على المقاول الأصلي بما دفعه لهم و ينطبق هذا الحكم حتى و إن وقع الوفاء للمقاول الأصلي على حق مستحق الأداء[2].

كما لا يجوز لرب العمل أن يتمسك بالمقاصة أو حتى إجراء حجز ما بين يديه، فيعامل كدائن للمقاول الأصلي لا يمكنه أن يستوفي حقه قبل المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة.

**ثانيـا- نتائـج الدعـوى علـى دائنـي رب العمـل**

يحدث أن يكون رب العمل في حالة إعسار و المال الذي في حوزته لا يكفي للوفاء بكل الديون التي عليه، فيجد عندئذ المقاول الفرعي رافع الدعوى المباشرة نفسه أمام دائنين أخرين لرب العمل، فكيف يحل النزاع القائم بينهم ؟

---

[1] - أ.إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص:79 .

[2] - د. السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة 132 ص: 231.

إذا كانت فقرة الثانية من المادة **565 من القانون المدني** تجعل رب العمل ملزما في حدود ما هو مدين به للمقاول الأصلي و يجمد هذا الدين لصالح المقاول الفرعي و عماله و عمال المقاول الأصلي منذ تاريخ رفع الدعوى على رب العمل ، فإن هذه المادة لم تتعرض إطلاقا إلى النزاع المحتمل بين دائني رب العمل و المقاول الفرعي في حالة ما إذا لم يكف المال الذي في حوزة رب العمل لإرضائهم جميعا .

لدى يرى بعض المؤلفين أنه لا يمكن في هذه الحالة تفضيل المقاول الفرعي على هؤلاء الدائنين في غياب نص واضح و صريح يمنحه هذا الحق .

ضف إلى ذلك أن الهدف الرئيسي من الدعوى المباشرة هو إزالة العقبة التي يشكلها المقاول الأصلي باعتباره المدين الوسيط و وضع المدين الفرعي أي رب العمل في مواجهة دائنه الحقيقي حائز الدعوى المباشرة دون أن تتقاص لتصبح وسيلة لتخصيص الدين لصالحه ، و بالتالي يتقاسم المقاول الفرعي مع دائني رب العمل ما بذمته من أموال قسمة غرماء كل حسب نصيبه[1].

زيادة على ذلك أن المقاول الفرعي يستأثر وحده بثمار الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائني المقول الأصلي، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين لا بصفته دائنا لصاحب الدين، لكنه لما يرجع على رب العمل بصفته دائن مباشرا له عليه تحمل مزاحمة دائني هذا الأخير[2].

كما أن الدعوى المباشرة لا تميز المقاول الفرعي إلا في علاقته مع سائر دائني المقاول الأصلي، من ثمة لا يحتج على دائني رب العمل بالدعوى المباشرة إذا وفى هذا الأخير للمقاول الفرعي وحده دونهم ، فيكون بإمكانهم الطعن في هذا الوفاء طبقا لأحكام المدة **191** من القانون المدني عن طريق إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف.[3]

---

[1] - جاك غستان ، المرجع السابق ، فقرة 839 ص : 1006 .

[2] - د. الياس ناصف المرجع السابق ، ص: 77 .

[3] - مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص: 97.

## المطلـب الثانـي: حـق الامتيـاز فـي حالـة توقيـع الحجـز

لم يكتفي المشرع بمنح المقاول الفرعي الحق في إقامة ادعوى المباشرة ضد مدين مدينه، و أقر له بالإضافة إلى ذلك حق الامتياز في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل، الأمر الذي يدفع للسؤال عن الغاية من تقرير حق الامتياز للمقاول الفرعي إلى جانب الدعوى المباشرة و الأشخاص المستفيدين من هذا الحق، بالإضافة إلى ضرورة توضيح موضوع هذا الإمتياز و النتائج المترتبة على استعماله وهو ما سيتم في الفرعين التاليين :

### الفـــرع الأول: نطـــاق حـــق الامتيـــــاز

يقتضي بحث حق الامتياز الممنوح للمقاول الفرعي و من في حكمه، بيان الغاية التي أرادها المشرع من هذا المنح ، و تحديد نطاق هذا الحق من خلال تبيان الأشخاص المستفيدين منه إلى جانب توضيح محله وهو ما سيتم في الفقرتين التاليتين:

#### الفقـرة الأولـى: الغايـة مـن تقريـر حـق الامتيـاز

إن منح المشرع للمقاول الفرعي حق الامتياز إلى جانب الدعوى المباشرة، أمر يدعو للتساؤل عن الغاية التي قصدها من ذلك؟

من البديهي أن في هذا الأمر ضمان أخر للمقاول الفرعي حتى يستوفي حقه مهما كانت الأحوال و النزاعات المحتمل حدوثها، لكن الملاحظ أن هذا الحق جاء مقترنا بحالة الحجز بين يدي رب العمل، فما العبرة من ذلك؟

طبقا للقواعد العامة يجوز للمقاول الفرعي باعتباره دائنا للمقاول الأصلي أن يسلك طريق حجز ما للمدين لدى الغير، فيحجز على أموال المقاول الأصلي بين يدي رب العمل حتى يتحصل على حقوقه.

لكن على اعتبار أن حجز ما للمدين لدى الغير طريق عادي للتنفيذ، فإنه لا يكسب سالكه مركزا مانعا أو مميزا ، بمعنى أنه يحق لغيره من دائني المقاول الأصلي أن يسلك نفس الطريق و يوقع حجز أخر ، كما أن قيام المقاول الفرعي بالحجز لا يقيه من مزاحمة باقي الدائنين.

لهذا السبب يبقى الحجز أقل فعالية من الدعوى المباشرة، كون هذه الأخيرة متى رفعت منعت البدء في الحجز أو حتى الاستمرار فيه إذا كان سابقا لها .

إن هذا الأمر حتم على المشرع التدخل بمقتضى الفقرة الثانية من المادة **565** من القانون المدني، و جعل هذا الحجز مقترن ميزتان هامتان هما:

**الأولى:** منح حق الامتياز للمقاول الفرعي في حالة توقيع الحجز على ما للمقاول من أموال لدى رب العمل.

**الثانية**: أنه بإمكان رب العمل أن يفي مباشرة للدائنين الحاجزين أصحاب الامتياز دون اشتراط تحول هذا الحجز إلى حجز تنفيذي و مباشرة الاجراءات القضائية في هذا الشأن .

فقد قرر المشرع صراحة أنه في حالة توقيع الحجز بين يدي رب العمل، يكون للمقاول الفرعي حق الامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز من جهة، و من أخرى على جواز أداء هذه المبالغ إليه مباشرة.

و من تمة فإن توقيع الحجز شرط أساسي للاستفادة المقاول الفرعي من حق الامتياز، لكن هذا لا يعني أن مصدر هذا الحق هو الحجز، إنما يبقى مصدره نص المادة أعلاه[1].

و مما لا شك فيه أن اقتران الحجز بهاتين الميزتين زاد من فعالية هذا الإجراء، حتى أن بعض الشراح رأوا فيه المسلك الأفضل للمقاول الفرعي من الدعوى المباشرة[2]، لأنه لو فرضنا أن المشرع لم يعطي حق الامتياز للمقاول الفرعي و سبقه دائن أخر للمقاول الأصلي من غير أصحاب هذا الحق و ضرب حجز على ما للمقاول الأصلي لدى رب العمل، ثم وفى له هذا الأخير بما في ذمته قبل أن يقيم المقاول الفرعي دعواه المباشرة ، ففي هذه الحالة يتشارك المقاول الفرعي مع هذا الدائن و يتقاسما المال بينهما قسمة غرماء ، لكن بتقرير المشرع لحق الامتياز للمقاول الفرعي يكون قد جنبه المزاحمة و مكنه من التقدم على هذا دائن الحاجز.

تجدر الإشارة في هذا للصدد أن المشرع اتبع الدعوى المباشرة بحق الامتياز في حالة توقيع الحجز، لأنه من المستبعد أن يتزاحم الدائنون الحاجزون مع دائنين دافعي الدعوى المباشرة، و السبب في ذلك أن توجيه المقاول الفرعي لإنذار بالدفع لرب العمل أو إقامته للدعوى مباشرة، يمنع الاستمرار في إجراءات الحجز إذا كان سابقا لها و لم يثبت بعد، فالحجز في هذه الفترة أي قبل صدور حكم بصحته وتثبيته يكون له أثر تحفظي فقط و يبقى الحق في ذمته صاحبه ، و مع ذلك لا يحق لهذا الأخير التصرف فيه، في حين لا يمكن الاحتجاج بالأثر التحفظي للحجز على صاحب الدعوى المباشرة طالما أنها حق مستقل و نافذ بقوة القانون[3].

---

[1] - د. السنهوري، المرجع السابق، ص:232 .

[2]- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 99.

[3]- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، نفس المرجع ص: 100.

أما في الحالة التي يضرب فيها الحجز و يصدر حكما قضائيا بتثبيته، فلا يمكن بعد ذلك إقامة الدعوى المباشرة على رب العمل، إنما يجب على المقاول الفرعي و من في حكمه أن يسلكوا طريق الحجز و الاستفادة من حق الامتياز المقرر لهم قانونا.

**الفقـرة الثانيـة : الأشخـاص المستفيـدون مـن حـق الامتيـاز و محلـه**

تكفل المشرع بتحديد الأشخاص المستفيدين من حق الامتياز المقرر لهم، و كذا محل هذا الحق و هو ما سيتضح من خلال النقطتين التاليتين:

**أولا- أصحـاب حـق الامتيـاز**

لقد أشارت المادة **565** إلى الأشخاص المستفيدين من حق الامتياز بلفظ "**و لهم** " هو اللفظ العائد على الأشخاص الواردة أسماؤهم في الفقرة الأولى من ذات المادة.

و بناء عليه فإن حق الامتياز يثبت لنفس الأشخاص المستفيدين من الدعوى المباشرة، و هم **المقاول الفرعي** و**عماله** و**عمال المقاول الأصلي**، فيستوفي هؤلاء الأشخاص حقوقهم بامتياز متقدمين على باقي دائني المقاول الأصلي.

تجدر الملاحظة هنا أنه إذا كان عمال المقاول الفرعي هم من وقعوا الحجز بين يدي رب العمل، فإنهم يكونون قد اتخذوا هذا الإجراء ضد مدين مدين مدينهم، و هذا خروجا عما جاءت به القواعد المنظمة لحجز ما للمدين لدى الغير التي تقضي بمتابعة المال بين يدي مدين المدين.

زيادة على ذلك يستخلص من النص أعلاه أنه يجوز أن يوقع الحجز من أحد دائني المقاول الأصلي كالمقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي أو حتى من دائن أخر ثم ينضم إليه باقي الدائنين، أو يوقع منهم جميعا ، لأن تقرير الامتياز يقتضي أن نكون أمام حالة تزاحم بين الدائنين و وجود النزاع القائم بينهم، و حله يستوجب تقدم كل من المقاول الفرعي و عماله و عمال المقاول الأصلي على باقي الدائنين المشاركين في الحجز على أساس حق الامتياز الممنوح لهم .

**ثانيـا : موضـوع حـق الامتيـاز**

بين المشرع في المادة أعلاه كذلك محل الامتياز الممنوح للمقاول الفرعي، و هو المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وقت التوقيع الحجز.

فلا يجوز توقيع الحجز إلا بالقدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز مثل ما هو الحال في الدعوى المباشرة ، و في ذلك كما سبق القول منعا لأي ضرر قد يلحق برب العمل.

و إن كان قصد المشرع في هذه المسألة واضح و صريح، إلا أن بعض المؤلفين أثاروا تساؤلا مفاده **هل يثبت للمقاول الفرعي امتياز على العقار الذي شيده أو ساهم في تشييده ؟**

تنص المادة **1000** من القانون المدني بأن " **المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت و لكن بقدر ما يكون زائد يسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه ...**" .

يستخلص من هذا النص أن المشرع قد خص المقاولين و المهندسين المعماريين الذين قاموا بتشييد عقار أو ترميمه أو صيانتها، بامتياز لضمان استفادتهم المبالغ المستحقة لهم بسبب هذه الأعمال. علىاعتبار لأن عمل هؤلاء زاد في قيمة العقار و في ذمة المالية لصاحبه، فمن العدل إذن أن يتقدموا بدينهم في حدود تلك الزيادة.

يعتبر البعض الشراح أن حق الامتياز المقرر في هذه المادة، لا يثبت إلا للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين عهد إليهم مالك العقار بأعمال التشييد أو الترميم أو الصيانة، أما من لم يتعاقد معهم مالك الأرض مقام عليها البناء أو مالك البناية محل الترميم أو الصيانة، فلا يثبت لهم هذا الامتياز، و نتيجة لذلك لا يحق للمقاول الفرعي الاستفادة من هذا الامتياز[1].

في حين يرى البعض الأخر أن هذا الرأي يكون المقبول لو أن المشرع أبقى المقاول الفرعي و رب العمل أجانب تماما عن بعضها البعض، أما و أنه أقر للمقاول الفرعي حق مطالبة رب العمل مباشرة بما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي، فيكون بالتالي قد أوجد علاقة مديونية مباشرة بين رب العمل و المقاول الفرعي.

بالإضافة إلى فأن كل من الدعوى المباشرة و حق الامتياز يهدفان إلى الوصول لرب العمل باعتباره المستفيد الحقيقي من الأعمال، فليس من العدل أن يثرى رب العمل على حساب المقاول الفرعي هذا من جهة، و من جهة ثانية فإن النص أعلاه لم يشترط صراحة أن يكون المستفيدون من هذا الحق هم المتعاقدون مع مالك العقار، بل أورد لفظ " **تعهد إليهم** " و هو لفظ عام يتسع تفسيره لكل من لهم صفة في أن يعهد بالعمل إليهم، و مما لا شك فيه أن للمقاول الأصلي الصفة في أن يعهد بالعمل للمقاول الفرعي .

و على هذا الأساس لا يوجد ما يمنع استفادة المقاول الفرعي من أحكام هذه المادة و الامتياز المقرر فيها بقدر الزيادة التي أحدثتها الأعمال التي أنجزها في قيمة العقار[2] .

---

[1] - رأي أ. شفيق شحاتته- نظرية العامة للتأمين العيني، الطبعة الثالثة، 1955، ص: 176 الهامش 3. أوارده مصطفى عبد السيد الجارحي في مؤلفه السابق الذكر.

[2]_ د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص: 101.

يتضح من خلال الحجج التي ساقها مؤيدو الرأي الثاني، أنه رأي جدير الأخذ به ، لكن قطعا لكل تفسير أو تأويلا للنصوص القانونية ، حبذا لو يتدخل المشرع و يمنح صراحة المقاول الفرعي حق لامتياز على العقار الذي ساهم في بناءه أو ترميمه أو صيانته بقدر الزيادة التي يحدثها عمله في قيمة العقار.

### الفـرع الثانـي: نتائـج ممارسـة المقـاول الفرعـي لحـق الامتيـاز

إن الملاحظ فيما يتعلق بنتائج ممارسة المقاول الفرعي لحق الامتياز الممنوح له قانونا، أنها تقريبا نفس النتائج المترتبة على ممارسة الدعوى المباشرة، و أن الحلول الموضوعة لفض مختلف النزاعات التي قد تطرأ بين أطراف العملية العقدية و دائنيهم متماثلة، و التي يمكن تلخيصها في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فتخصص لمسألة مدى نفاذ الحوالة في حق المقاول الفرعي موقع الحجز.

#### الفقـرة الأولـى: نتائـج استعمـال حـق الامتيـاز

من المؤكد أنه قبل توقيع المقاول الفرعي الحجز بين يدي رب العمل، يستطيع هذا الأخير أن يفي للمقاول الأصلي بما له في ذمته أو لأحد دائنيه .

لكن من وقت توقيع الحجز بين يدي رب العمل ، يجب على هذا الأخير أن يف أولا بحقوق المقاولين الفرعيين و العمال مقدما إياهم على سائر دائني المقاول الأصلي، حتى و لو كان هؤلاء هم من بادروا باتخاذ إجراءات الحجز أولا.

أما فيما بين أصحاب حق الامتياز فلا وجود لأفضلية أحدهم على الأخر، إنما يتقسمون المال قسمة الغرماء فيوزع بينهم بحسب نسبة نصيبه في الدين.

فحسب دائما للنص أعلاه إذا لم يف المال الذي في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بكل الديون، فلا يأخذ باقي دائني المقاول الأصلي شيئا ، حتى و لو كانوا هم أيضا قد ضربوا حجزا بين يدي رب العمل.[1]

تقدم القول أن الحجز الواقع بين يدي رب العمل مصحوب بالميزة هامة، هي تلك المقررة في أخر الفقرة بعبارة "**يجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة**" و المقصود منها أنه بإمكان رب العمل أن يدفع مباشرة للمقاولين الفرعيين و عمالهم و كذلك عمال المقاول الأصلي، دون أن يحتاج في ذلك إلى إذن من القاضي، فتبرأ عندئذ ذمة رب العمل اتجاه المقاول الأصلي و ذمة هذا الأخير اتجاه دائنيه إذا ما استوفوا حقوقهم كلها .

---

[1] - د.عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص: 231.

إن اجازة المشرع لرب العمل بدفع الحقوق المقاولين الفرعيين دون الرجوع إلى القضاء، فيه تقصير للإجراءات لفائدة أصحاب الامتياز، و بالتالي إمكانية حصولهم على حقوقهم في أقل وقت و جهد[1].

**الفقـرة الثانيـة: عـدم نفـاذ الحوالـة فـي حـق المقـاول الفرعـي الحاجـز**

قد يجد المقاول الفرعي و هو يباشر اجراءات الحجز للمال بين يدي رب العمل، نفسه أمام دائن تنازل له المقاول الأصلي عن حقه لدي رب العمل، ليطرح سؤال حول مدى نفاذ هذه الحوالة في حق المقاول الفرعي موقع الحجز ؟

ورد في الفقرة الثالثة من المادة **564** من القانون المدني أن" **حقوق المقاولين الفرعيين والعمال المقررة مقدمة على حقوق من تنازل له المقاول عن دينه قبل رب العمل".**

و بذلك يكون المشرع من خلال هذه الفقرة قد أضفى حماية أخرى على المقاول الفرعي و العمال، إذ منع سريان حوالة الحق و لو كان نفاذها سابقا على الإنذار بالوفاء أو توقيع الحجز.

كون النص جاء شاملا للحقين معا الدعوى المباشرة و حق الامتياز في حالة توقيع الحجز، و من ثمة فإن الحوالة لا تنفذ في حق رافع الدعوى المباشرة و لو كانت سابقة عليها، كما أنها لا تنفذ في مواجهة أصحاب حق الامتياز الموقعين للحجز.

و للإستفادة من أحكام هذه المادة، يشترط بالطبع أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلي ناشئ عن عقد المقاولة من جهة، و من جهة ثانية أن لا يكون الوفاء بهذا الدين قد تم للمحال إليه.

أما و إن كان المحال إليه قد استوفى الدين، فعندئذ يقتضى الأمر التفرقة بين حالتين:

**الحالة الأولى:** أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول الفرعي الحجز بين يدي رب العمل و قبل أن يوجه له إنذار بعدم الوفاء بالدين، في هذه الحالة يكون الوفاء للمحال إليه مبرئا لذمة رب العمل و ساريا في حق المقاول الفرعي.

**الحالة الثانية:** أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا يسري في حق المقاول الفرعي أو عماله أو عمال المقاول الأصلي و يكون لهم أن يستوفوا حقوقهم من رب العمل بما يكون في ذمته للمقاول الأصلي.[2]

---

[1] - د.مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص98:

[2] - أ. أنور طلبة، المرجع السابق، ص: 101.

سبق القول أنه من الممكن أن يكون الحجز موقعا من قبل دائن أخر غير المقاول الفرعي أو عماله أو عمال مقاول الأصلي ، ففي هذه الحالة تكون الحوالة نافذة في حق الدائن الحاجز متى كانت مستكملة لشروط نفاذها في مواجهة الغير قبل توقيع الحجز، و إن وقعت بين حجزين تعامل كحجز ثان و دون أن يكون بالإمكان الاحتجاج بها إذا كان الحجز الثالث مضروبا من دائني أصحاب الدعوى المباشرة[1].

[1] -د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص:101.

# خـاتمـ ـة

إن أهم ما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة المتواضعة لموضوع عقد المقاولة الفرعية أن هذه العملية هي إستراتيجية اقتصادية كثيرة التطبيق و متبعة ليس فقط في القطاعات الاقتصادية الكبرى، بل حتى في المعاملات البسيطة بين الأفراد، رغم ذلك لم تحض بالاهتمام اللازم خاصة من قبل رجال القانون فالدراسات المتناولة لها قليلة جدا، مع أنها من المواضيع التي تثير العديد من مسائل و إشكالات قانونية و التي تفتح المجال حتما اجتهادات و الأفكار جديدة و متعددة.

فقد حاولت قدر المستطاع التعرض للجوانب القانونية التي يثيرها عقد المقاولة الفرعية، فتبين عند بداية البحث في هذا الموضوع أن للمقاولة الفرعية مفهوم ذو المعنى مزدوج إذ لها معنى شائع لدى الاقتصاديين و أخر ضيق و محصور لدى رجال القانون.

و قد ركزت على المعنى القانوني للمقاولة الفرعية نظرا لخصوصيته، فهو ينحصر في فكرة عامة و هي فكرة التعاقد من الباطن، في حين أن المعنى الاقتصادي للمقاولة الفرعية لا يخرج تكييفه عن كونه عقد بيع أو عقد توريد، فكان من اللازم تحديد النظام القانوني للمقاولة الفرعية و البدء بتبيان الطبيعة القانونية للمقاولة الفرعية، قبل تناول أحكامها.

و بناء عليه قسمت هذه الدراسة الى قسمين خصصت القسم الأول منها الطبيعة القانونية لعقد المقاولة الفرعية، و القسم الثاني أحكامه.

حيث تناولت في بداية القسم الأول العقد من الباطن على اعتبار أن المقاولة الفرعية ما هي إلا إحدى صوره التطبيقية، فكانت الصعوبة فيه نظرا لقلة المراجع المتناولة لهذا المفهوم و المقتصرة على ما جاء في الفقه الفرنسي، فحاولت قدر المكان إعطاء فكرة عن مفهومه، و نطاقه و موقعه ضمن تصنيفات العقود.

و بناء على هذه الأفكار العامة بينت في نقطة ثانية أهم النتائج القانونية المترتبة على اعتبار المقاولة الفرعية عقدا من الباطن و تابعا لعقد المقاولة الأصلي.

لكن و رغم تبعية عقد المقاولة الفرعية لعقد المقاولة الأصلية، إلا أنه تبين بقاءه عقدا مستقلا و قائم بذاته من جوانب معينة كوجوب توفره على الأركان الأساسية التي تقتضيها القواعد العامة بشأن العقود، مما حتم التعرض إليها بالإضافة إلى الخصائص المميزة لعقد المقاولة الفرعية سواء تلك التي يشترك فيها مع عقد المقاولة الأصلي أو التي ينفرد بها.

أما في القسم الثاني فتناولت في جزءه الأول آثار عقد المقاولة الفرعية و ما ينشئه من التزامات في ذمة كل طرف من أطرافه و ما يترتب من الإخلال بها، فكانت نتيجة ذلك التعرض لنقطتين هامتين هما المسؤولية العقدية عن فعل الغير و طبيعة المسؤولية في إطار العقود الفرعية على

اعتبار أن الأولى لم تلقى اهتمام كاف لدى رجال القانون بحيث قليلة هي الدراسات الفقهية المتعرضة لها، و الثانية حداثتها و ما أثارته من جادل فقهي حاد و حتى انقسام القضائي.

كما حاولت تبيان كيفية تدخل المشرع لتنظم الجوانب المالية لعقد المقاولة الفرعية عن طريق تقرير وسائل قانونية تمكن المقاول الفرعي من استفاء مقابل ما أنجزه من أعمال لصالح رب العمل، فرغم انعدام لكل علاقة عقدية بينها منحه حق إقامة دعوى مباشرة ضد رب من أجل مطالبته بالأجر المستحق له، بإضافة إالى منحه حق الامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في حالة ضرب حجز بين يدي رب العمل .

و قد أفردت في نهاية هذه البحث ملحقا ، الهدف منه لفت الانتباه للتطور الحاصل في مجال المقاولة الفرعية و الاستنارة بما جاءت به التشريعات المنظمة لهذا الموضوع ، خاصة و أن التشريع الجزائري ما زال يفتقر إلى الكثير منها هذا من جهة، و من جهة ثانية إعطاء فكرة للراغبين من المتعاملين في مجال المقاولات و بالخص المقاولات من الباطن عن أهم البنود الواجب الاتفاق بشأنها عند تحرير العقود حتى يأخذوا ما يرونه مناسب لهم.

و خلاصة هذه الجهد المتواضع يتبين أن المقاولة الفرعية هي أسلوب قانوني يتدخل عن طريقه الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين في عملية تنفيذ العقود المبرمة أساسا من أجل أداء أعمال معينة، خاصة ما يتعلق منها بمقاولات الأشغال أين يكون التعاقد من الباطن حتمية لا بد منها.

ففي مجال مقاولات البناء يولي المقاول اهتمام كبير بالالتزام الملقى على عاتقه من تنفيذ المشروع حسب المواصفات المحددة و المتفق عليها، و في ذات الوقت يعمل ما في وسعه حتى يتم التنفيذ بأقل كلفة من السعر المحدد بالعقد لأن الفارق المادي الذي يحققه هو هامش الربح الذي يسعى وراءه، و في سبيل ذلك يقوم بالتعاقد من الباطن مع مقاول أو عدد من المقاولين ليؤدوا بدلا عنه بعض من الأعمال الموكلة إليه أو حتى كلها، لهذا يمثل المقاول الفرعي حلا استراتيجيا يلجأ إليه المقاول الأصلي لتنفيذ الأعمال التي تعهد بأدائها لصالح رب العمل مستغلا في ذلك إمكانيات المادية و الفنية المتوفرة لدى المقاول الفرعي .

رغم هذه العلاقة التكاملية بين الطرفين إلا أن المقاول الفرعي غالبا ما يكون الطرف الضعيف في هذه العملية، بالرغم من كونه المنفذ الحقيقي للأعمال إلا أنه في كثير من الأحيان يصعب عليه الحصول على مستحقاته في وقتها إلى جانب حدوث إشكالات لم يتعرض لها التشريع الحالي.

لهذا السبب أود في الأخير إبداء الملاحظات و الاقتراحات التالية:

**<u>أولا:</u>** الملاحظ أن المشرع اكتفى بتخصيص مادتين فقط ضمن أحكام القانون المدني لتنظيم عقد المقاولة الفرعية، كما أنه اقتصر تنظيمه لهذا العقد على جوانبه المادية، حيث تدخل من هذا الباب ليقدم ضمانات قانونية للمقاول الفرعي حتى يستوفي حقوقه عن طريق منحه حق إقامة دعوى مباشرة

ضد رب العمل ليطالبه بما في ذمته للمقاول الأصلي، و كذلك حق الامتياز على أموال المقاول الأصلي المحجوزة بين يدي رب العمل خروجا عما تقضي به القواعد العامة، فإن ذلك غير كاف إذ كان من المناسب لو تعرض بشيء من التفصيل للنتائج المترتبة على اعتبار المقاولة الفرعية عقد من الباطن ، نظرا لأهميتها عند الفصل في النزاعات المطروحة على القضاء و كذلك للحالات التي يجوز التعاقد فيها من الباطن دون اشتراط الحصول على موافقة المسبقة لرب العمل.

**ثانيـا:** الملاحظ كذلك أن المشرع الجزائري و على غرار الكثير من التشريعات ركز على ضرورة حماية المقاول الفرعي كونه الطرف الضعيف في العملية و قرر منحه الوسيلتين السابق ذكرهما للحصول على حقه، لكنه بالمقابل لم يرى ضرورة لتقرير حماية لرب العمل مما قد يلحقه من أضرار مباشرة بسب إخلال المقاول الفرعي بتنفيذ عقد المقاولة الفرعية، مقررا فقط بقاء المقاول الأصلي مسؤولا عن هذا الإخلال أمام رب العمل .

و حسب رأي فإن ذلك إجحاف بحق رب العمل، لأنه مدام قد منح الدعوى المباشرة للمقاول الفرعي ضد رب العمل حتى يستوفي حقه، يكون من العدل أن يقرر كذلك دعوى مباشرة يمارسها رب العمل ضد المقاول الفرعي حتى يسأله مباشرة عما قد يسببه له من أضرار نتيجة إخلاله التزاماته الناتجة عن عقد المقاولة الفرعية، كونه صاحب المصلحة الأول في ذلك و المتضرر الفعلي، و من ثمة توحيد نظام المسؤولية داخل سلسلة العقود الفرعية.

**ثالثـا:** أما بالنسبة لموضوع الضمان و إخراج المقاول الفرعي من الضمان العشري على أساس أنه وضع لحماية رب العمل في علاقته مع المقاول الأصلي و استبعاده في العلاقة بين هذا الأخير و مقاوليه الفرعيين قول لا يتماشى و الواقع المعاش، حيث في كثير من الأحيان و نظرا لفكرة تقسيم الأعمال و تزايد أسلوب التخصص، أضحى المقاول الأصلي يفتقر للدراية و الخبرة المفترضة فيه فحاله حال رب العمل، مما يقتضي إدراج المقاول الفرعي ضمن النطاق الشخصي للضمان و التأمين الإجباري عن المسؤولية.

نأمل في الأخير أن تلق هذه الدراسة المتواضعة لعقد المقاولة الفرعية و ما جاء فيه رضى كل من اطلع عليها و استفادته منها.

# الـمـلـحـق



# قائمة المراجع

## أ : المراجع اللغوية


- قاموس المصطلحات الحقوقية و التجارية لممدوح حقي طبعة الثانية2001، مكتبة لبنان.


## ب: المراجع القانونية

### أولا: المراجع العامة


1- الدكتور علي علي سليمان النظرية العامة للالتزامات، مـصادر الالتزامـات فـي القـانون المدني، الطبعة الخامسة 2003 ديوان المطبوعات الجامعية.

2- الدكتور أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في القـانون المـدني، الطبعة الأولى2004 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

3- الدكتور ألان بينابيت، القانون المدني- الموجبات، ترجمـة منـصور القاضـي، الطبعـة الأولى2004 المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع.

4- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قـانون الـبلاد العربية،طبعـة 1946 دار النهضة العربية.

5- الدكتور نبيل إبراهيم سعد التنازل عن العقد، نطاق التنازل عن العقد و أحكام تنـازل عـن العقد، الطبعة الثانية2000، منشأة المعارف الإسكندرية.

6- الدكتور جاك غستان، المطول في القانون المدني- مفاعيل العقد أو أثاره، ترجمة منـصور القاضي، الطبعة الأولى2000، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع.

7- الدكتور جلال علي العدوي –مصادر الالتزام، دراسة مقارنـة فـي قـانون المـصري و اللبناني،طبعة 1994 الدار الجامعية.

8 – الدكتور ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني جزء الأول - مـصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول: نظرية العقد، القسم الأول : انعقاد العقد، الطبعة الأولـى2002، دار وائل للطباعة والنشر عمان.

9- الدكتور علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد،طبعة2001، موفق للنشر.

10- الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار في التقنين المـدني و تـشريعات إيجار الأماكن، الطبعة الثانية1990، المطبعة العربية الحديثة.

11- الأستاذ مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، طبعة 1987 الدار الجامعية.

12- الأستاذ محمد يحي مطر، عقد الإيجار، طبعة 1990 الدار الجامعية.

13- الدكتور الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، جزء الثالث: تنفيذ العقـد1: التنفيذ العيني، دراسة مقارنة، طبعة 1992 بدون ذكر دار النشر.

14- الدكتور الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية جزء الخامس، تنفيذ العقـد 3: الوسائل الممنوحة للدائن لكي يتمكن من تنفيذ الموجب المستحق له، دراسة مقارنة طبعة 1995 بـدون ذكر دار النشر .

15- الدكتور حلو أبو حلو، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية والتاجر، طبعة 1992 ديوان المطبوعات الجامعية.

16- الدكتور فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجاريـة، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، النشر الثاني2003 ، نشر و التوزيع ابن خلدون EDIK.

## ثانيا: المراجع الخاصة:

1- الدكتور عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء الـسابع عقـود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة و الوديعة و الحراسة، دار أحياء التراث العربي بيروت 1964.

2- الدكتور عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة والوكالـة و الكفالة الطبعة الأولى، الإصدار الثاني2001 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع.

3- الأستاذ أنور طلبة، العقود الصغيرة، الشركة و المقاولة و التزام المرافق العامة، طبعة 2004 المكتب الجامعي الحديث.

4- الدكتور مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة فـي القـانونين المصري و الفرنسي، الطبعة الأولى 1998 النشر العربية القاهرة.

5- الدكتور محمد عبد الرحيم عنبر المحامي، عقد المقاولة دراسة مقارنة بين تـشريعات الـدول العربية 1977.

6- الأستاذ أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل،طبعة 2003 منشأة المعارف الإسكندرية.

7-المهندس حسين محمد جمعة، انهيار العمارات: الأسباب الهندسية و القانونية، طبعة1997 الدار للتجهيزات و الطباعة.

8- الدكتور عبد الرازق حسن يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء، شـروطها نطاق تطبيقها، الضامنات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى1987، بدون ذكر دار النشر.

9- عبد الحميد عثمان، نطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية لمشيدي البناء عن الأضرار التي تلحق من تهدم البناء، دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الفرنسي، الطبعة الأولى1997، مطبوعات جامعة الكويت .
10-الأستاذ نعيم مغبغب، عقود البناء و الأشغال الخاصة و العامة،طبعة 1997 بدون ذكر دار النشر
11 – الأستاذ عزت عبد القادر، عقد المقاولة،طبعة 2001، دار الألفي.

**ثالثا: الرسائل**

1-الدكتور فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1993 .
2- الدكتور محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 2004.
3- الأستاذ أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1984.

**رابعا: القوانين و المجلات**

1- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني ،الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1995 معدل و متتم بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2007 جريدة الرسمية عدد 44، 23 يوليو 2005 .
2- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، منشور بالجريدة الرسمية العدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005، جريدة الرسمية العد 11 مؤرخة في 2005/02/09.
3- المرسوم التنفيذي رقم 91- 434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، متضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية العدد 57 صادرة في 13 نوفمبر 1991 معدل و المتمم بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 يوليو 2002.
4- قانون 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، جريدة الرسمية العدد 20 مؤرخة في 13 جانفي 1988 .
5- قانون 01-18 مؤرخ في 12 ديسمبر 2001 متضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة العدد 77 ، المؤرخة في 15 ديسمبر 2001 .
6- المرسوم التنفيذي رقم 03-188 المؤرخ في 22 أفريل 2003 المتضمن تكون و تنظيم و عمل المجلس الوطني المكاف بترقية المناولة جريدة الرسمية العدد 29 ، الصادرة في 23 أفريل 2003.
7-قانون 87-12 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل، صادر بالجريدة الرسمية عدد 32 المؤرخة في 08 أوت 1978 ص 724
8-قانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 جريدة الرسمية عدد 17 مؤرخة في 1990/04/25 ،

9-القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة .

10-مجلة التنمية الصناعية العربية ماي 2002 العدد 47.

11-الدليل العربي في المناولة الصناعية

12- دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية وفقا لشروط فيديك 1999، ترجمة لدائرة العطاءات الحكومية بوزارة الأشغال العامة و الإسكان، عمان 2004 .

**خامسا**_ المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا الديمقراطية :

العدد الأول لسنة 1990

العدد الرابع لسنة 1991

العدد الثالث لسنة 1992

العدد الأول لسنة 1998

العدد الثاني لسنة 2000

**سادسا _ المراجع باللغة الفرنسية** ***LES OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX***

1- François térré – Philippe Simler- Yves Lequette, droit civil, les obligations – 7eme édition. Dalloz 1999.

2- Néret jean, le sous-contrat, L.G .D.J, paris 1979

3- Gérard Legier, droit civil, les obligations, 14e édition, Dalloz, 1993

4-Bernard Teyssie, les groupes de contrats, L.G .D.J ; paris 1975.

5- Patrice Jourdain, les principes de la responsabilité civile, 5 éditions Dalloz paris 2000

6- Philippe le Tourneau, la responsabilité civile 3eme édition, Dalloz paris 1982

7-Alain Benabent, droit de constitution, Dalloz, 2000.

8- George valentin, les contrats de sous-traitance, paris 1979.

9- Dominique Rambure, le paiement de sous-traitant, l'action directe contre le maître de l'ouvrage L.G.D.J 1990

10- Jean Bernard Auby – Hugues Périnet – Marquet, droit de l'urbanisme et de la construction, 7 éme édition Montchrestien ,2006

11-Stéphanie porchy-simon, droit civil, les obligations, Dalloz, 2000

12-Remy Cabrillac, droit des obligations, 4 éme édition, Dalloz, 2000

13- Ph.Malaurie, l.Aynes, droit civil, les obligations, tome 5, 7 éme édition Cujas 1997

14- Alain Benebent, droit de la construction, Dalloz 2000

## ***B- articles***.

1-Bernard Boubli, contrat d'entreprise, répertoire de droit civil tome 3, 2 éme 1995.
2-alain Benabent, l'ouvrage d'ouvrage et d'industrie, sous-traitance, J.C.P 1990 art 1787 fasc. 20
3- Daniel veaux, contrat et obligations, effets des conventions a l'égard des tiers, Juris-Classeur civil, art 1165 – fasc. 10-1996
4- Christopher Jamin, J.C.P. 1993, art 1166, fasc. 38-1.
5-christien Larroumet, l'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels J.C P 1988, édition générale article 3357.
5-rapport rendu à l'action de la journée technique sur la sous-traitance organisée par l'entreprise de produits rouge centre –Alger le 16/06/1997.

***<u>C- textes :</u>***

1- Loi N° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative a la sous-traitance.
2- La chante déontologique : pour les relations de sous-traitance, de fourniture et partenariat établis par l'organisation des nation unies pour le développement industriel O.N.U.D.I Vienne 1999.

## الفـهـرس